No : R-3595-2006

RÉGIE DE L'ÉNERGIE
District de Montréal

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR

Requérante

c.

HYDRO-QUÉBEC

Intimée

-et-

CORPORATION MÉTISSE DU QUÉBEC ET L'EST DU CANADA

Demanderesse en intervention

-et-

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Intervenant

AUTORITÉS DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

BERNARD, ROY (JUSTICE-QUÉBEC)
(Me Francis Demers)
1, rue Notre-Dame Est, bureau 8.00
MONTRÉAL (Québec) H2Y 1B6
Tél. : (514) 393-2336
Téléc. : (514) 873-7074

Procureurs du Procureur général du Québec

AUTORITÉS DU PROCUREUR GÉNÉRAL

ONGLET

DOCTRINE

- OUELLETTE, Yves, Procédure et preuve, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Les Éditions Thémis, p. 44 1

JURISPRUDENCE

- *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504 2
- *Paul* c. *Colombie-Britannique (Forest Appeals Commision)*, [2003] 2 R.C.S. 585 3
- *Nation Haïda* c. *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 4
- *Première Nation Tlingit de Taku River* c. *Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S 550. 5
- *Première nation crie Mikisew* c. *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388 6
- *Kruger inc.* c. *Première nation des Betsiamites*, Montréal, (C.A.), 500-09-015773-054, 28 avril 2006 7
- *Hupacasath First Nation* c. *Columbia (Ministre des Forests)*, [2005] B.C.J. No. 2653 8
- *Hong Ha NGuyen* c. *Le ministre de l'Éducation et le Procureur général du Québec*, T.A.Q., SAS-M-079528-0210, 11 novembre 2003 9
- *Mahdieh Zargarazad et als* c. *Le ministre de l'Éducation et le Procureur général du Québec*, T.A.Q., SAS-M-080320-0211 et autres, 18 mars 2004 10
- *T.B.* c. *Tribunal administratif du Québec*, R.J.Q. [2005] 1039 11

- *Hydro-Québec*, Régie de l'Énergie, R-3513-2003, 8 avril 2003 12

- *Hydro-Québec* et *Groupe de recherche appliquée en macroécologie et Union des Consommateurs*, Régie de l'Énergie, R-3592-2005, 9 janvier 2006 13

- *Hydro-Québec* et *Association coopérative d'économie familiale de Québec et als*, Régie de l'Énergie, R-3549-2004, 17 août 2005 14

- *Hydro-Québec* et *Stratégies Énergétiques (S.É.)* et *Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)*, Régie de l'Énergie, R-3565-2005, 11 mai 2005 15

- *Hydro-Québec* et *Association de l'aluminium du Canada (AAC)*, Régie de l'Énergie, R-3550-2004, 16 décembre 2004 16

- *Hydro-Québec* et *Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ)*, Régie de l'Énergie, R-3552-2004, 6 décembre 2004 17

LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS AU CANADA

Procédure et preuve

Yves Ouellette
Avocat et professeur
à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

Les Éditions Thémis

nonce des annulations pour des motifs de forme ou de compétence, laissant souvent l'administré dans l'incertitude sur le mérite du cas. Le recours en révision d'une décision initiale de l'Administration devant un tribunal administratif est conçu pour obtenir, avec un minimum de technicalités, une réponse finale à une question concrète, non pour philosopher sur des questions de droit abstraites. Le tribunal administratif joue alors le rôle de correcteur des écarts des fonctionnaires et de protecteur des citoyens : il doit remédier aux lacunes de l'Administration et exerce une forme de contrôle hiérarchique.

Section 3.
La compétence initiale de régulation

Une grande partie de l'industrie des communications, des transports, de l'énergie, de l'agriculture, des valeurs mobilières et même des alcools et des jeux est assujettie au Canada à la surveillance ou à la régulation d'organes autonomes spécialisés qui sont considérés comme des tribunaux administratifs au sens nord-américain. Même dans une économie de marché, l'État a voulu encadrer la liberté économique pour prévenir les abus de position de monopole, protéger les épargnants ou les consommateurs ou assurer la primauté de l'intérêt général par une participation du public à l'élaboration des politiques et contrebalancer ainsi les dominations politiciennes, économiques et technocratiques.

Il ne faut pas confondre les notions de régulation et de réglementation[87]. Celle-ci comporte essentiellement l'établissement en vertu d'une délégation de la loi de normes ayant force de loi. La régulation peut certes impliquer le pouvoir d'adopter des normes, des politiques, mais aussi l'exercice dans un cadre souvent quasi judiciaire de pouvoirs discrétionnaires pour procurer des avantages, comme des autorisations administratives, ou imposer des charges. La fonction de régulation, d'abord empruntée au début du siècle à des institutions américaines comme le *Interstate Commerce Commission* pour encadrer l'industrie

---

87 Raoul P. BARBE, *Les organismes québécois de régulation des entreprises d'utilité publique,* Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, p. 4.

les chemins de fer[88], inclut donc mais déborde la simple fonction quasi judiciaire[89].

Les organismes de régulation prennent, comme les ministères, des décisions initiales. Alors que les tribunaux de révision ou d'appel ont pour rôle d'aider à administrer des normes juridiques objectives et préexistantes après enquête, les organismes de régulation appliquent des normes législatives tantôt objectives mais souvent très subjectives, comme la notion d'intérêt général ou de « tarif juste et raisonnable », souvent après audience faisant une large place aux interventions du public et des groupes de pression. Ces organes sont enfin souvent habilités par la loi à se doter d'experts ou de personnel de recherche qui procèdent à des analyses hypothétiques ou techniques.

Les compétences des organismes de régulation, réglementaires ou quasi réglementaires[90], consultatives, administratives, quasi judiciaires, sont fort variées et il n'y a pas lieu de tenter d'en rendre compte dans cet ouvrage[91]. Devant cette mosaïque de compétences, allant de la délivrance et du retrait d'autorisation administrative, au contrôle du financement, de la cession ou de la fusion d'entreprises et à l'examen des plaintes des consommateurs, l'interprète peut relever l'existence de deux principales catégories de problème : la portée des mandats législatifs libellés en termes généraux et celle des mandats libellés en termes spécifiques.

---

88 J. BENIDICKSON, *loc. cit.*, note 10.

89 Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 342 et suiv.

90 *Horsemen's Benevolent & Protective Assn. of Alberta* c. *Alberta Racing Commission,* (1990) 63 D.L.R. (4th) 609 (Alta. C.A.); *Prospect Investments Ltd.* c. *New Brunswick (Liquor Licensing Board),* (1991) 48 Admin. L.R. 105 (N.B.Q.B.); *Ainsley Financial Corp.* c. *Ontario (Securities Commission),* (1995) 121 D.L.R. (4th) 79 (Ont. C.A.).

91 Voir les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada consacrés à certaines grandes agences fédérales comme le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (1981), l'Office national de l'énergie (1977), la Commission de contrôle de l'énergie atomique (1976) etc.

Sous-section 1.
La compétence générale de surveillance

On trouve fréquemment dans la loi constitutive d'un organisme de régulation une disposition attribuant une compétence générale de surveillance. Les libellés peuvent varier d'une loi à l'autre et aucun n'est sacramentel, le législateur s'exprimant dans les termes d'un mandat général de surveillance ou de contrôle de certaines entreprises ou d'une industrie[92]. Une disposition habilitante de ce genre n'est pas un ornement mais recelle un potentiel insoupçonné de compétence. Dans une société qui adhère à la proposition que ce qui n'est pas défendu est permis[93], l'organe de régulation ne disposerait en principe que des compétences explicites énumérées dans la loi. Mais l'ajout d'une compétence générale de surveillance a pour effet d'élargir l'autorité de l'organisme et de lui permettre de rendre des ordonnances sur des sujets omis ou non expressément prévus par la loi, sous réserve de l'obligation de l'organisme d'exercer sa discrétion conformément à la finalité de la loi. En vertu d'une longue tradition jurisprudentielle remontant aux années 20, la compétence générale de surveillance, interprétée largement, a permis à des organismes d'exercer leur mandat de régulation même en l'absence de textes spécifiques et de rendre des ordonnances sur diverses questions reliées à leur mandat, mais qu'il était difficile pour le législateur de prévoir dans l'abstrait[94]. C'est ainsi, par exemple, que l'ancêtre des organismes de régulation au Québec, l'ancienne Commission des services publics, se vit reconnaître compétence, même en l'absence de texte

---

92 Voir la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche,* L.Q. 1990, c. 13, art. 5; voir aussi l'ancienne *Loi de la Régie des transports,* S.R.Q. 1964, c. 228, art. 3.

93 *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec* c. *Distributions Kinéma Ltée,* [1976] C.S. 1432, 1441, confirmé par [1977] C.A. 308; *Jean-Rock Dumont* c. *La Reine,* [1977] C.A. 114.

94 *Morrissey (Wm.F.) Ltd.* c. *Ontario Racing Commission,* [1960] R.C.S. 104; *Dumont Express (1962) Ltée* c. *Perron,* [1974] C.A. 67; *Twentieth Century Explorations Ltd.* c. *Commission des valeurs mobilières du Québec,* [1975] C.S. 687; *Capital Cities Communications Inc.* c. *Canadian Radio-Television Commission,* (1978) 81 D.L.R. (3d) 609 (C.S.C.); *CKOY Ltd.* c. *La Reine,* [1979] 1 R.C.S. 2; *Motor Transport Board of Manitoba* c. *Purolator Courrier Ltd.,* (1982) 126 D.L.R. (3d) 385 (C.S.C.); R.P. BARBE, *op. cit.,* note 87, p. 127 et suiv.

spécifique, pour ordonner à une municipalité de raccorder son service d'aqueduc à celui d'une municipalité voisine[95].

Le mandat général de surveillance n'est évidemment pas indéfiniment extensible au bon plaisir de l'organisme administratif et ce n'est pas un chèque en blanc. La large discrétion qu'il comporte doit être exercée de façon conforme à la finalité de la loi et non pour des considérations étrangères à l'esprit de la loi, si louables soient-elles[96].

La détermination du cadre d'un mandat général de surveillance peut souvent nécessiter des analyses soignées des textes. Le mandat d'un organisme de contrôle de l'industrie de l'énergie lui permet-il d'exercer sa discrétion en prenant en considération l'impact d'une demande ou d'un projet sur l'environnement[97]? S'étend-il à la compétence pour contrôler le contenu des enveloppes et des messages publicitaires ou éditoriaux qui accompagnent les factures expédiées aux abonnés par l'entreprise réglementée[98]?

La compétence générale de surveillance constitue un outil précieux pour un organisme de régulation et ceux qui n'en sont pas pourvus souffrent d'une infirmité juridique importante, qu'il faut tenter alors de compenser par une interprétation large de la doctrine de la compétence implicite[99] ou des compétences explicites extensibles.

---

95 *Nadeau* c. *Corporation du Village de Mont-Joly*, (1921) 30 B.R. 563.

96 *Re Athabasca Tribal Council and Amoco Canada Petroleum Co.*, (1981) 124 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

97 *New Brunswick (Minister of the Environment)* c. *Canadian Pacific Ltd.*, (1993) 105 D.L.R. (4th) 533 (N.B.Q.B.); *Re Electric Power and Telephone Act (P.E.I.) ss. 6 and 26*, (1994) 109 D.L.R. (4th) 300 (P.E.I.S.C.A.); *Québec (Procureur général)* c. *Canada (Office National de l'Énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

98 *Pacific Gas and Electric Co.* c. *Public Utilities Commission of California*, 106 S.Ct. 903 (1986).

99 *Commission de transports du Québec* c. *Maski-Tours inc.*, [1994] R.J.Q. 2124 (C.A.).

Sous-section 2.
Les compétences expresses extensibles

Sous cette rubrique, il convient de retenir deux catégories de compétence, fréquentes dans les lois constitutives d'organismes de régulation, et dont la portée a été interprétée largement : la compétence pour assortir un permis ou une autorisation de conditions et celle pour fixer des tarifs justes et raisonnables.

Paragraphe 1.
La compétence pour assortir une autorisation de conditions

Les auteurs Issalys et Lemieux écrivent que le permis relève des activités de police de l'administration[100] et qu'il sert aussi comme technique de régulation économique en vertu d'habilitations législatives comportant une discrétion pour agir dans l'intérêt public.

Selon le droit commun, le pouvoir de délivrer un permis n'inclut pas celui de l'assortir de conditions obligatoires, en l'absence de disposition expresse, mais l'organe régulateur pourrait tout de même requérir alors des assurances ou promesses[101].

Mais lorsque la loi prend la peine d'autoriser le régulateur à assortir le permis de conditions, cette compétence est alors interprétée largement[102]. À titre d'exemple, on a jugé que cette catégorie de compétence s'étend alors à celle de fixer, comme condition à un permis délivré à une entreprise de câblodistribution, des frais ou honoraires d'installation payables par les abonnés[103]. Cette compétence n'inclut évidemment pas

---

100 P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 89, p. 625.

101 *R.* c. *Edmonton Licensing Justices, ex parte Baker,* [1983] 2 All E.R. 545 (Q.B.D.).

102 *In re North Coast Air Services Limited,* [1972] C.F. 390 (C.A.F.); *Re CTV Television Network Ltd. and Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission,* (1982) 134 D.L.R. (3d) 193 (C.S.C.); *Québec (Procureur général)* c. *Canada (Office national de l'Énergie),* précité, note 97.

103 *Re Canadian Broadcasting League and Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission,* (1983) 138 D.L.R. (3d) 513 (C.A.F.); *Canadian Motion Picture Distributors Assn.* c. *Partners of Viewer's Choice*

celle de rendre des ordonnances ayant pour effet de modifier la loi[104] ou étrangères à la finalité de la loi[105] ou inconstitutionnelles[106].

En cas de déclaration d'illégalité d'une condition, la divisibilité de la condition et des permis pourra se poser. Les règles concernant la divisibilité des règlements pourront ajouter un éclairage utile en faisant les adaptations nécessaires[107]. Si la condition illégale peut être considérée comme indissociable du permis, parce que ce dernier, amputé de la condition, deviendrait substantiellement différent dans ses effets, la condition et le permis seront alors invalidés par la cour[108].

Paragraphe 2.
La compétence pour approuver des tarifs justes et raisonnables

De même, les textes attribuant une compétence pour approuver ou fixer des tarifs justes et raisonnables font depuis longtemps l'objet d'interprétations bienveillantes, dictées sans doute par des considérations d'ordre pratique. L'empirisme est ici élevé au rang de doctrine juridique. Il faut dire que le caractère juste et raisonnable d'un tarif s'analyse comme une question d'opinion, non comme une question de droit, et qu'au surplus, les cours ne se sentent pas bien placées pour évaluer la méthodologie des régulateurs[109]. Il s'agit d'un domaine où la politique de

---

Canada, (1996) 137 D.L.R. (4th) 561, (1996) 42 Admin. L.R. (2d) 280 (C.A.F.).

104 *Ocean Beach Hotel* c. *British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch),* (1991) 77 D.L.R. (4th) 577 (B.C.C.A.).

105 Voir *Urbanetics Ltd.* c. *Ontario New Home Warranty Program,* (1997) 141 D.L.R. (4th) 160 (Ont. Div. Ct.), en appel.

106 *Rio Hotel Ltd.* c. *New Brunswick (Liquor Licence Board),* (1988) 44 D.L.R. (4th) 663 (C.S.C.); *Entreprises Claude et Hughes Marquis Inc.* c. *Régie des permis d'alcool du Québec,* [1987] R.J.Q. 1369 (C.S.).

107 *Woolwich Equitable Building Society* c. *Inland Revenue Commissioners,* [1991] 4 All E.R. 92 (H.L.); *Lemoyne (Ville)* c. *Bessette,* (1996) 129 D.L.R. (4th) 697 (C.A. Québec); *R.* c. *Secretary of State for Transport, ex parte Greater London Council,* [1985] 3 All E.R. 300 (Q.B.D.).

108 *R.* c. *North Hertfordshire District Council, ex parte Cobbold,* [1985] 3 All E.R. 486 (Q.B.D.).

109 *Canadian National Railways Co.* c. *Bell Telephone Company of Canada,* [1939] R.C.S. 308; *Union Gas Company of Canada Ltd.* c. *Sydenham Gas*

l'optimisme judiciaire à l'égard des tribunaux administratifs est à son sommet et cette catégorie de compétence expresse a été interprétée comme comportant implicitement celle de contrôler l'usage des structures de soutènement d'une compagnie de téléphone[110]. Mais on pourra se demander si cette compétence permet de modifier un contrat[111] ou de s'ingérer dans le contrat d'abonnement téléphonique ou électrique[112].

Les organismes de régulation forment une classe bien particulière de tribunaux administratifs. Ils n'utilisent pas uniquement la technique quasi judiciaire de l'audience mais aussi bien d'autres procédés de nature administrative, recherches statistiques et économiques, analyses hypothétiques, faisant appel aux règles de l'art et débouchant sur des politiques et des décisions à caractère institutionnel. Leur discrétion est large et leur mandat varié : stabiliser les marchés, contrôler la production et les prix, protéger les consommateurs. Il est donc important que l'objet de ces lois y soit clairement énoncé[113] afin de faciliter le travail des cours dans leur rôle de régulateur du droit et d'interprète.

Section 4.
Les compétences accessoires

Les compétences accessoires de chacun des tribunaux administratifs varient à l'infini et il serait hasardeux de tenter d'en présenter un inventaire complet. Certaines de ces compétences accessoires sont communes

---

& Petroleum Co., [1957] R.C.S. 186; *Memorial Gardens Association Ltd.* c. *Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353; *Northwestern Utilities Ltd. et the Public Utilities Board de la province de l'Alberta* c. *Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Trans Mountain Pipe Line Co.* c. *Office national de l'énergie*, [1979] 2 C.F. 118, 121 (C.A.F.); *Nova* c. *Amoco Canada*, [1981] 2 R.C.S. 437.

110 *British Columbia Telephone Co.* c. *Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739.

111 *Saskatchewan Power Corporation* c. *TransCanada Pipelines Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 688.

112 *Halifax Harbour Services Ltd.* c. *Maritime Telegraph and Telephone Co.*, (1981) 115 D.L.R. (3d) 335 (N.S.S.C.A. Div.).

113 Voir la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.Q. 1996, c. 61, art. 5.

Donald Martin *Appellant*

v.

Workers' Compensation Board of Nova Scotia and Attorney General of Nova Scotia *Respondents*

and

Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal, Ontario Network of Injured Workers Groups, Canadian Labour Congress, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Workers' Compensation Board of Alberta *Interveners*

and between

Ruth A. Laseur *Appellant*

v.

Workers' Compensation Board of Nova Scotia and Attorney General of Nova Scotia *Respondents*

and

Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal, Ontario Network of Injured Workers Groups, Canadian Labour Congress, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Workers' Compensation Board of Alberta *Interveners*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) *v.* MARTIN; NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) *v.* LASEUR

Donald Martin *Appelant*

c.

Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse et procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimés*

et

Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse, Ontario Network of Injured Workers Groups, Congrès du travail du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Workers' Compensation Board de l'Alberta *Intervenants*

et entre

Ruth A. Laseur *Appelante*

c.

Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse et procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimés*

et

Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse, Ontario Network of Injured Workers Groups, Congrès du travail du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Workers' Compensation Board de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) *c.* MARTIN; NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) *c.* LASEUR

Neutral citation: 2003 SCC 54.

File Nos.: 28372, 28370.

2002: December 9; 2003: October 3.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Administrative law — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Jurisdiction — Charter issues — Constitutional validity of provisions of Appeals Tribunal's enabling statute — Whether Appeals Tribunal has jurisdiction to apply Canadian Charter of Rights and Freedoms — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Workers' compensation legislation excluding chronic pain from purview of regular workers' compensation system and providing in lieu of benefits normally available to injured workers four-week functional restoration program beyond which no further benefits are available — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

The appellants, L and M, both suffer from the disability of chronic pain attributable to a work-related injury. M worked as a foreman and sustained a lumbar sprain. In the following months, he returned to work several times, but recurring pain required him to stop. He attended a work conditioning and hardening program. During this period, the Workers' Compensation Board of Nova Scotia provided him with temporary disability benefits and rehabilitation

Référence neutre : 2003 CSC 54.

N[os] du greffe : 28372, 28370.

2002 : 9 décembre; 2003 : 3 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit administratif — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Compétence — Questions relatives à la Charte — Constitutionnalité de certaines dispositions de la loi habilitante du tribunal d'appel — Le tribunal d'appel a-t-il compétence pour appliquer la Charte canadienne des droits et libertés? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur l'indemnisation des accidentés du travail excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail et remplaçant les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible — La loi viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

Les appelants, L et M, sont tous les deux atteints d'une incapacité due à la douleur chronique à la suite de la lésion liée au travail qu'ils ont subie chacun. M occupait un poste de contremaître et a subi une entorse lombaire. Au cours des mois suivants, il est retourné au travail à maintes reprises, mais il a dû cesser de travailler à cause d'une douleur récurrente. Il a suivi un programme de conditionnement au travail et de renforcement. Pendant cette période, la Workers'

services. When his temporary benefits were discontinued, M sought review of this decision, but his claim was denied by the Board. L was employed as a bus driver and injured her back and her right hand when she slipped and fell from the bumper of her bus. She received temporary disability benefits. Although L attempted to return to work on several occasions, she found that performing her duties aggravated her condition. She was denied a permanent partial disability award and vocational rehabilitation assistance. M and L appealed the Board's decisions to the Workers' Compensation Appeals Tribunal on the ground that the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations* and portions of s. 10B of the *Workers' Compensation Act* infringed s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These provisions exclude chronic pain from the purview of the regular workers' compensation system and provide, in lieu of the benefits normally available to injured workers, a four-week Functional Restoration Program beyond which no further benefits are available. The Board challenged the Appeals Tribunal's jurisdiction to hear the *Charter* argument.

The Appeals Tribunal affirmed its jurisdiction to apply the *Charter* and allowed M's appeal on the merits, holding that the Regulations and s. 10B(c) of the Act violated s. 15 of the *Charter* and that these violations were not justified under s. 1. M was awarded temporary benefits from August 6 to October 15, 1996. In L's appeal, the Appeals Tribunal concluded, based on the reasons given in M's appeal, that s. 10A and s. 10B(b) and (c) of the Act also violated s. 15(1) of the *Charter* and were not saved by s. 15(2) or s. 1; however, the Appeals Tribunal found that while L suffered from chronic pain attributable to her work injury, her permanent medical impairment rating under the applicable guidelines was 0 percent, thus barring her from obtaining permanent impairment or vocational rehabilitation. The Board appealed the Appeals Tribunal's *Charter* conclusions, M cross-appealed the cut-off of benefits as of October 15, 1996, and L cross-appealed the refusal to award benefits. The Court of Appeal allowed the Board's appeals and dismissed the cross-appeals. The court found that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutional validity of the Act and that, in any event, the chronic pain provisions did not demean the human dignity of

Compensation Board de la Nouvelle-Écosse (« commission ») lui a versé des prestations pour incapacité temporaire en plus de lui offrir des services de réadaptation. À la suite de la cessation du versement de ses prestations, M a demandé à la commission de réviser cette décision, ce qui lui a été refusé. L était chauffeur d'autobus et est tombée du pare-chocs de son autobus, se blessant alors au dos et à la main droite. Elle a touché des prestations pour incapacité temporaire. L a tenté de retourner au travail à maintes reprises, mais elle a constaté que l'exercice de ses fonctions avait pour effet d'aggraver son état. Elle s'est vu refuser une indemnité pour incapacité partielle permanente et une aide sous forme de réadaptation professionnelle. M et L ont interjeté appel contre les décisions de la commission devant le Workers' Compensation Appeals Tribunal, en faisant valoir que le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations* et certaines parties de l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act* violaient le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces dispositions excluent la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail, et remplacent les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible. La commission a contesté la compétence du tribunal d'appel pour entendre l'argument fondé sur la *Charte*.

Le tribunal d'appel a confirmé qu'il avait compétence pour appliquer la *Charte* et il a accueilli l'appel de M au fond, décidant que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte* et que ces violations n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. M s'est vu accorder des prestations temporaires pour la période du 6 août au 15 octobre 1996. Dans le dossier L, le tribunal d'appel a conclu, pour les mêmes motifs que dans le dossier M, que l'art. 10A et les al. 10Bb) et c) de la Loi violaient également le par. 15(1) de la *Charte* et n'étaient sauvegardés ni par le par. 15(2) ni par l'article premier; il a toutefois décidé que, en dépit du fait qu'elle souffrait de douleur chronique à la suite de l'accident du travail dont elle avait été victime, le taux d'incapacité médicale permanente de L était de 0 pour 100 selon les lignes directrices applicables, de sorte qu'elle n'avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d'appel relatives à la *Charte*, M a interjeté un appel incident contre la cessation du versement des prestations prévue pour le 15 octobre 1996, et L a interjeté un appel incident contre le refus de lui accorder des prestations. La Cour d'appel a accueilli les appels de la

the claimants and thus did not violate s. 15(1) of the *Charter*.

Held: The appeals should be allowed. Section 10B of the Act and the Regulations in their entirety infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justified under s. 1. The challenged provisions are of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The general declaration of invalidity is postponed for six months from the date of this judgment. In M's case, the decision rendered by the Appeals Tribunal is reinstated. L's case is returned to the Board.

The Constitution is the supreme law of Canada and, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. From this principle of constitutional supremacy flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts. To allow an administrative tribunal to decide *Charter* issues does not undermine the role of the courts as final arbiters of constitutionality in Canada. Administrative tribunal decisions based on the *Charter* are subject to judicial review on a correctness standard. In addition, the constitutional remedies available to administrative tribunals are limited and do not include general declarations of invalidity. A determination by a tribunal that a provision of its enabling statute is invalid pursuant to the *Charter* is not binding on future decision-makers, within or outside the tribunal's administrative scheme. Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases.

The Court of Appeal erred in concluding that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutionality of the challenged provisions of the Act and the Regulations. Administrative tribunals which have jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. In applying this approach, there is no need to draw any distinction between "general" and "limited" questions of law. Explicit jurisdiction must be found in the terms of the statutory grant of authority.

commission et rejeté les appels incidents. Elle a conclu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de la Loi et que, de toute façon, les dispositions relatives à la douleur chronique ne portaient pas atteinte à la dignité des demandeurs et ne violaient donc pas le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis. L'article 10B de la Loi et le Règlement dans son entier violent le par. 15(1) de la *Charte*, et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Les dispositions contestées sont inopérantes en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est ordonné que la déclaration générale d'invalidité ne prenne effet que dans six mois à compter de la date du présent jugement. La décision que le tribunal d'appel a rendue au sujet de M est rétablie. Le dossier de L est renvoyé à la commission.

La Constitution est la loi suprême du Canada et la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles. Permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la *Charte* ne mine pas le rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité au Canada. Les décisions d'un tribunal administratif fondées sur la *Charte* sont assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte. En outre, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la *Charte* ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative.

La Cour d'appel a eu tort de conclure que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. Les tribunaux administratifs ayant compétence, expresse ou implicite, pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Pour appliquer cette approche, il n'est pas nécessaire d'établir une distinction entre les questions de droit « générales » et les questions de droit « limitées ». La

Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself. The party alleging that the tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter* may rebut the presumption by pointing to an explicit withdrawal of authority to consider the *Charter*; or by convincing the court that an examination of the statutory scheme clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter* (or a category of questions that would include the *Charter*, such as constitutional questions generally) from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. Such an implication should generally arise from the statute itself, rather than from external considerations. To the extent that *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, is inconsistent with this approach, it should no longer be relied upon.

The Appeals Tribunal could properly consider and decide the *Charter* issue raised in this case. The legislature expressly conferred on the Appeals Tribunal the authority to decide questions of law by providing, in s. 252(1) of the Act, that it "may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer" exercising the authority conferred upon the Board by s. 185(1) of the Act to "determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part". Other provisions of the Act also confirm the legislature's intention that the Appeals Tribunal decide questions of law, including s. 256(1), which provides for a further appeal to the Court of Appeal "on any question of law". This suggests that the Appeals Tribunal may deal initially with such questions. The Appeals Tribunal thus has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions, a jurisdiction which is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. This presumption is not rebutted in this case, as there is no clear implication arising from the Act that the legislature intended to exclude the *Charter* from the scope of the Appeals Tribunal's authority. Even if there had been no express provision endowing the Appeals Tribunal with authority to consider and decide questions of law arising under the Act, an examination of

compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante. La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la *Charte* peut réfuter la présomption en signalant que le pouvoir d'examiner la *Charte* a été retiré expressément, ou en convainquant la cour qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la *Charte* (ou une catégorie de questions incluant celles relatives à la *Charte*, telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. En général, une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes. Dans la mesure où il est incompatible avec ce point de vue, il n'y a plus lieu de se fonder sur l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Le tribunal d'appel était donc compétent pour examiner et trancher la question relative à la *Charte* soulevée en l'espèce. La législature a expressément investi le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, en prévoyant, au par. 252(1) de la Loi, qu'il « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d'un agent enquêteur » rendue dans l'exercice du pouvoir — conféré à la commission par le par. 185(1) de la Loi — de « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie ». D'autres dispositions de la Loi confirment également l'intention du législateur d'investir le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, notamment le par. 256(1), qui permet également d'interjeter appel « sur une question de droit » devant la Cour d'appel. Cela laisse entendre que le tribunal d'appel peut, au départ, examiner de telles questions. Le tribunal d'appel est donc expressément investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées, lequel pouvoir est présumé comprendre celui d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption n'est pas réfutée en l'espèce vu qu'il ne ressort pas clairement de la Loi que le législateur a voulu soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal d'appel. Même s'il n'y avait eu aucune disposition autorisant expressément

the statutory scheme set out by the Act would lead to the conclusion that it has implied authority to do so.

The Court of Appeal also erred in concluding that the challenged provisions of the Act and the Regulations did not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appropriate comparator group for the s. 15(1) analysis in this case is the group of workers subject to the Act who do not have chronic pain and are eligible for compensation for their employment-related injuries. By entirely excluding chronic pain from the application of the general compensation provisions of the Act and limiting the applicable benefits to a four-week Functional Restoration Program for workers injured after February 1, 1996, the Act and the Regulations clearly impose differential treatment upon injured workers suffering from chronic pain on the basis of the nature of their physical disability, an enumerated ground under s. 15(1) of the *Charter*. The view that since both the claimants and the comparator group suffer from physical disabilities, differential treatment of chronic pain within the workers' compensation scheme is not based on physical disability must be rejected. Differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated. Distinguishing injured workers with chronic pain from those without is still a disability-based distinction. Although, under the current guidelines, L would be found to have a 0 percent impairment rating and would thus be denied benefits anyway, deprivation of access to an institution available to others, even though the individual bringing the claim would not necessarily derive immediate benefits from such access, constitutes differential treatment. In the context of the Act, and given the nature of chronic pain, the differential treatment is discriminatory. It is discriminatory because it does not correspond to the actual needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain, who are deprived of any individual assessment of their needs and circumstances. Such workers are, instead, subject to uniform, limited benefits based on their presumed characteristics as a group. The scheme also ignores the needs of those workers who, despite treatment, remain permanently disabled by chronic pain. Nothing indicates that the scheme is aimed at improving the circumstances of a more disadvantaged group, or that the interests affected are merely economic or otherwise minor. On the contrary, the denial of the reality of the pain suffered by the affected workers reinforces widespread negative assumptions held by employers, compensation officials and some members of the medical profession. A reasonable person in circumstances similar to those of L and M, fully apprised of all the relevant circumstances and taking into account the relevant contextual factors, would

le tribunal d'appel à examiner et à trancher les questions de droit découlant de l'application de la Loi, l'examen du régime établi par la Loi mènerait à la conclusion que le tribunal d'appel a implicitement le pouvoir de le faire.

La Cour d'appel a également eu tort de conclure que le Règlement et les dispositions contestées de la Loi ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte*. Pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui constitué des travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui sont admissibles à une indemnité pour une lésion professionnelle. Du fait qu'ils excluent totalement la douleur chronique du champ d'application des dispositions générales de la Loi relatives à l'indemnisation et qu'ils limitent à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines les avantages auxquels ont droit les travailleurs ayant subi une lésion après le 1er février 1996, il est évident que la Loi et le Règlement réservent aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique un traitement différent fondé sur la nature de leur déficience physique qui est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. Il y a lieu de rejeter le point de vue voulant que le traitement différent que le régime d'indemnisation des accidentés du travail réserve aux personnes souffrant de douleur chronique ne soit pas fondé sur la déficience physique, étant donné que les demandeurs et les membres du groupe de comparaison sont tous atteints d'une déficience physique. Une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités. La distinction entre les accidentés du travail qui souffrent de douleur chronique et ceux qui ne souffrent pas de ce type de douleur demeure une distinction fondée sur une déficience. Indépendamment du fait que, suivant les lignes directrices actuelles, on jugerait que le taux d'incapacité de L serait de 0 pour 100 et que tout avantage lui serait de toute façon refusé, refuser à l'auteur d'une demande l'accès à une institution accessible à autrui, même dans le cas où il ne tirerait pas nécessairement immédiatement profit de cet accès, constitue une différence de traitement. Dans le contexte de la Loi et compte tenu de la nature de la douleur chronique, cette différence de traitement est discriminatoire. Elle l'est parce qu'elle ne répond pas à la situation et aux besoins véritables des accidentés du travail souffrant de douleur chronique, qui sont privés de toute évaluation individuelle de leurs besoins et de leur situation. Ces personnes ont plutôt droit à des avantages uniformes et limités qui sont fondés sur leurs caractéristiques présumées en tant que groupe. Le régime ne tient pas compte non plus des besoins des travailleurs qui, malgré les traitements, demeurent atteints d'une incapacité permanente due à la douleur chronique. Rien n'indique que le régime vise à améliorer la situation d'un groupe plus

conclude that the challenged provisions have the effect of demeaning the dignity of chronic pain sufferers.

The infringement of L's and M's equality rights cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The first objective of maintaining the financial viability of the Accident Fund is not pressing and substantial. Budgetary considerations in and of themselves cannot justify violating a *Charter* right, although they may be relevant in determining the appropriate degree of deference to governmental choices based on a non-financial objective. Likewise, the second objective of developing a consistent legislative response to chronic pain claims cannot stand on its own. Mere administrative expediency or conceptual elegance cannot be sufficiently pressing and substantial to override a *Charter* right. This objective only becomes meaningful when examined with the third objective of avoiding fraudulent claims based on chronic pain. Developing a consistent legislative response to the special issues raised by chronic pain claims — such as determining whether the pain is actually caused by the work-related accident and assessing the relevant degree of impairment — in order to avoid fraudulent claims is a pressing and substantial objective. The challenged provisions of the Act and the Regulations are rationally connected to this objective. It is obvious, however, that the blanket exclusion of chronic pain from the workers' compensation system does not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. The challenged provisions make no attempt whatsoever to determine who is genuinely suffering and needs compensation, and who may be abusing the system. They ignore the very real needs of the many workers who are in fact impaired by chronic pain and whose condition is not appropriately remedied by the four-week Functional Restoration Program. The fourth objective is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain. Assuming that this objective is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, they do not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. No evidence indicates that an automatic cut-off of benefits regardless of individual needs is necessary to achieve that goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights

défavorisé, ni que les intérêts en cause sont purement économiques ou, par ailleurs, négligeables. Au contraire, nier que les travailleurs concernés souffrent réellement de douleur contribue à renforcer les nombreuses hypothèses négatives des employeurs, des agents d'indemnisation et de certains médecins. Une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle de L et de M et bien informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait, à la lumière des facteurs contextuels pertinents, que les dispositions contestées portent atteinte à la dignité des personnes souffrant de douleur chronique.

La violation des droits à l'égalité de L et de M n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*. Le premier objectif, qui est d'assurer la viabilité du fonds d'indemnisation, n'est pas urgent et réel. Des considérations budgétaires ne sauraient à elles seules justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*, même si elles peuvent être utiles pour déterminer la mesure de déférence que commandent les choix du gouvernement fondés sur un objectif non financier. De même, le deuxième objectif — apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — ne saurait tenir à lui seul. La simple commodité administrative ou élégance conceptuelle ne peut être suffisamment urgente et réelle pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Le deuxième objectif n'a de sens que s'il est examiné de pair avec le troisième objectif, qui est d'éviter les demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique. Donner une réponse législative cohérente aux difficultés particulières que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si la douleur est vraiment due à un accident du travail et d'évaluer l'incapacité qui en résulte —, afin d'éviter les demandes frauduleuses, est un objectif urgent et réel. Il existe un lien rationnel entre cet objectif, d'une part, et le Règlement et les dispositions contestées de la Loi, d'autre part. Toutefois, il est évident que l'exclusion générale de la douleur chronique du champ d'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de ce type de douleur. Dans les dispositions contestées, le législateur ne tente nullement de déterminer qui souffre vraiment et a besoin d'être indemnisé et qui abuse vraisemblablement du système. Ces dispositions ne tiennent pas compte des besoins bien réels des nombreux travailleurs qui sont effectivement atteints d'une incapacité due à la douleur chronique et pour qui le programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines n'est pas suffisant. La Loi a pour quatrième objectif d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique. À supposer que cet objectif soit urgent et réel

to re-employment and accommodation. Moreover, the legislation deprives workers whose chronic pain does not improve as a result of early medical intervention and who return to work from receiving any benefits beyond the four-week Functional Restoration Program. Others, like L, are not even admissible to this program because of the date of their injuries. The deleterious effects of the challenged provisions on these workers clearly outweigh their potential beneficial effects.

et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, ces dernières ne portent pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de douleur chronique. Aucune preuve n'indique que la réalisation de cet objectif commande le retrait automatique des avantages sans égard aux besoins de la personne touchée. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation. De plus, aux termes de la mesure législative en cause, les travailleurs souffrant de douleur chronique, dont l'état ne s'améliore pas à la suite d'une intervention médicale prompte et d'un retour rapide au travail, cessent d'avoir droit à des avantages après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines. D'autres personnes, comme L, ne sont même pas admissibles à ce programme à cause de la date à laquelle elles ont subi leurs lésions. Les effets préjudiciables des dispositions contestées sur ces travailleurs l'emportent clairement sur leurs effets bénéfiques éventuels.

Cases Cited

Overruled: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; **discussed:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; **referred to:** *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392, rev'd [2001] 3 F.C. 481; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143;

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; **arrêts analysés :** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; **arrêts mentionnés :** *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392, inf. par [2001] 3 C.F. 481; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. nº 1763 (QL); *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Andrews c. Law*

Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *White v. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321; *Marinelli v. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89.
Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96, ss. 2(b), 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, ss. 10(1), 10A [ad. 1999, c. 1, s. 1], 10B [*idem*], 10E [*idem*], 28, 84, 90, 91, 113, 178(1), 180, 183 [am. *idem*, s. 19], 183(5A) [ad. *idem*], 185(1), 199(1), (2), 200(1), 202(a), 238(5), 240, 243 [rep. & sub. *idem*, s. 30], 245(1)(d), 246(1), (3) [ad. *idem*, s. 31], 248(1), (3), 252(1), 253(1), 256(1) [am. *idem*, s. 36].

Authors Cited

Canada. Association of Workers' Compensation Boards of Canada. *Compensating for Chronic Pain — 2000*. Mississauga, Ont.: AWCBC, 2000.
McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance", in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 131.
Murray, T. J. *Chronic Pain*. Report prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia. Halifax: Workers' Compensation Board of Nova Scotia, 1995.
Ontario. Workplace Safety and Insurance Board. *Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*. Toronto: WSIB, 2000.

Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *White c. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321; *Marinelli c. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, ch. 89.
Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96, art. 2b), 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10(1), 10A [aj. 1999, ch. 1, art. 1], 10B [*idem*], 10E [*idem*], 28, 84, 90, 91, 113, 178(1), 180, 183 [mod. *idem*, art. 19], 183(5A) [aj. *idem*], 185(1), 199(1), (2), 200(1), 202a), 238(5), 240, 243 [abr. & rempl. *idem*, art. 30], 245(1)d), 246(1), (3) [aj. *idem*, art. 31], 248(1), (3), 252(1), 253(1), 256(1) [mod. *idem*, art. 36].

Doctrine citée

Canada. Association des commissions des accidents du travail du Canada. *Compensating for Chronic Pain — 2000*. Mississauga, Ont. : ACATC, 2000.
McAllister, Debra M. « Administrative Tribunals and the *Charter* : A Tale of Form Conquering Substance », in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism*, Scarborough, Ont. : Carswell, 1993, 131.
Murray, T. J. *Chronic Pain*. Report prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia. Halifax : Workers' Compensation Board of Nova Scotia, 1995.
Ontario. Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail. *Chronic Pain Initiative : Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*. Toronto : CSPAAT, 2000.

Roman, Andrew J. "Case Comment: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*" (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243.

APPEALS from judgments of the Nova Scotia Court of Appeal (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 188 N.S.R. (2d) 330, 587 A.P.R. 330, 26 Admin L.R. (3d) 90, 84 C.R.R. (2d) 246, [2000] N.S.J. No. 353 (QL), 2000 NSCA 126, allowing the appeals and dismissing the cross-appeals from the decisions of the Workers' Compensation Appeals Tribunal. Appeals allowed.

Kenneth H. LeBlanc, *Anne S. Clark*, *Anne Derrick*, *Q.C.*, and *Patricia J. Wilson*, for the appellants.

Brian A. Crane, *Q.C.*, *David P. S. Farrar* and *Janet Curry*, for the respondent the Workers' Compensation Board of Nova Scotia.

Catherine J. Lunn, for the respondent the Attorney General of Nova Scotia.

John P. Merrick, *Q.C.*, and *Louanne Labelle*, for the intervener the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal.

Ena Chadha and *William Holder*, for the intervener the Ontario Network of Injured Workers Groups.

Steven Barrett and *Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Robert Earl Charney, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathryn L. Kickbush, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Curtis Craig*, for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

Chronic pain syndrome and related medical conditions have emerged in recent years as one of the

Roman, Andrew J. « Case Comment : *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)* » (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 188 N.S.R. (2d) 330, 587 A.P.R. 330, 26 Admin L.R. (3d) 90, 84 C.R.R. (2d) 246, [2000] N.S.J. No. 353 (QL), 2000 NSCA 126, qui a accueilli les appels principaux et rejeté les appels incidents interjetés contre les décisions du Workers' Compensation Appeals Tribunal. Pourvois accueillis.

Kenneth H. LeBlanc, *Anne S. Clark*, *Anne Derrick*, *c.r.*, et *Patricia J. Wilson*, pour les appelants.

Brian A. Crane, *c.r.*, *David P. S. Farrar* et *Janet Curry*, pour l'intimée Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse.

Catherine J. Lunn, pour l'intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John P. Merrick, *c.r.*, et *Louanne Labelle*, pour l'intervenant Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse.

Ena Chadha et *William Holder*, pour l'intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups.

Steven Barrett et *Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Robert Earl Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kathryn L. Kickbush, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Curtis Craig*, pour l'intervenante Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Depuis quelques années, tant au Canada qu'à l'étranger, les régimes d'indemnisation des

most difficult problems facing workers' compensation schemes in Canada and around the world. There is no authoritative definition of chronic pain. It is, however, generally considered to be pain that persists beyond the normal healing time for the underlying injury or is disproportionate to such injury, and whose existence is not supported by objective findings at the site of the injury under current medical techniques. Despite this lack of objective findings, there is no doubt that chronic pain patients are suffering and in distress, and that the disability they experience is real. While there is at this time no clear explanation for chronic pain, recent work on the nervous system suggests that it may result from pathological changes in the nervous mechanisms that result in pain continuing and non-painful stimuli being perceived as painful. These changes, it is believed, may be precipitated by peripheral events, such as an accident, but may persist well beyond the normal recovery time for the precipitating event. Despite this reality, since chronic pain sufferers are impaired by a condition that cannot be supported by objective findings, they have been subjected to persistent suspicions of malingering on the part of employers, compensation officials and even physicians. Ruth Laseur and Donald Martin are the appellants in this case. Both suffer from the disability of chronic pain.

2 Courts are not the appropriate forum for an evaluation of the available medical evidence concerning chronic pain for general scientific purposes. Nevertheless, because disability is an enumerated ground in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the question whether the way in which a government handles chronic pain in providing services amounts to discrimination is a proper subject of judicial review. More specifically, these appeals concern the constitutional validity of s. 10B of the Nova Scotia *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended by S.N.S. 1999,

accidentés du travail sont aux prises avec l'un des dossiers les plus épineux, celui du syndrome de la douleur chronique et des problèmes de santé connexes. Aucune définition de la douleur chronique ne fait autorité. Toutefois, l'on considère généralement qu'il s'agit d'une douleur persistant au-delà de la période normale de guérison d'une lésion ou disproportionnée à cette lésion, et caractérisée par l'absence, à l'emplacement de la lésion, de symptômes objectifs permettant d'attester l'existence de cette douleur au moyen des techniques médicales actuelles. Malgré cette absence de symptômes objectifs, il ne fait aucun doute que les personnes éprouvant de la douleur chronique souffrent physiquement et moralement et que leur incapacité est réelle. L'on ne connaît pas encore la cause précise de la douleur chronique, mais de récentes recherches sur le système nerveux indiquent qu'elle pourrait résulter de modifications pathologiques des mécanismes nerveux qui contribueraient à rendre la douleur persistante et qui feraient en sorte que des stimuli non douloureux soient perçus comme étant douloureux. L'on croit que ces modifications peuvent être déclenchées par un événement extérieur, tel un accident, mais qu'elles peuvent persister bien au-delà de la période normale de convalescence de la victime de l'événement déclencheur. Malgré tout, étant donné que le mal qui les frappe ne comporte aucun symptôme objectif permettant d'en attester l'existence, les personnes souffrant de douleur chronique sont constamment soupçonnées de feindre leur mal par les employeurs, les agents d'indemnisation et même les médecins. Ruth Laseur et Donald Martin sont les appelants en l'espèce. Tous deux sont atteints d'une incapacité due à la douleur chronique.

Les cours de justice ne sont pas compétentes pour évaluer, à des fins scientifiques générales, les données médicales disponibles au sujet de la douleur chronique. Néanmoins, étant donné que la déficience est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la question de savoir si, en fournissant des services, un gouvernement traite la douleur chronique de manière discriminatoire peut, à juste titre, faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Plus précisément, les présents pourvois portent sur la constitutionnalité de l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act* de la

c. 1 (the "Act"), and of the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96 (the "FRP Regulations"), adopted under that Act. These provisions exclude chronic pain from the purview of the regular workers' compensation system and provide, in lieu of the benefits normally available to injured workers, a four-week Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program (the "Functional Restoration Program") beyond which no further benefits are available. A preliminary issue is whether the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal (the "Appeals Tribunal"), an administrative tribunal set up to hear appeals from decisions of the Workers' Compensation Board of Nova Scotia (the "Board"), had jurisdiction to decline to apply the challenged provisions to the appellants on the ground that these provisions violate the *Charter*.

In my view, the Nova Scotia Court of Appeal erred in concluding that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutionality of the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations. I am of the view that the rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to apply the *Charter* established by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, ought to be reappraised and restated as a clear set of guidelines. Administrative tribunals which have jurisdiction — whether explicit or implied — to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. This presumption may only be rebutted by showing that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's authority over questions of law. To the extent that the majority reasons in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, are

Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1994-95, ch. 10, modifiée par S.N.S. 1999, ch. 1 (la « Loi »), d'une part, et sur celle du *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96 (le « Règlement »), pris en vertu de la Loi, d'autre part. Les dispositions en cause excluent la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail, et remplacent les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par le Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program (« programme de rétablissement fonctionnel ») d'une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible. Une question préliminaire est de savoir si le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse (le « tribunal d'appel »), tribunal administratif créé pour entendre les appels interjetés contre les décisions de la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse (la « commission »), pouvait refuser d'appliquer aux appelants les dispositions contestées pour le motif qu'elles violent la *Charte*.

3 À mon sens, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a eu tort de conclure que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. J'estime qu'il y a eu lieu de réévaluer et de reformuler, sous forme de lignes directrices claires, les règles concernant la compétence des tribunaux administratifs en matière d'application de la *Charte*, que notre Cour a établies dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Les tribunaux administratifs ayant compétence — expresse ou implicite — pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l'égard des questions de droit. Je suis

inconsistent with this approach, I am of the view that they should no longer be relied upon.

d'avis que, dans la mesure où ils sont incompatibles avec ce point de vue, il n'y a plus lieu de se fonder sur les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

4 Here, the Nova Scotia legislature expressly conferred on the Appeals Tribunal the authority to decide questions of law by providing, in s. 252(1) of the Act, that it "may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer" exercising the authority conferred upon the Board by s. 185(1) of the Act to "determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part". Other provisions of the Act also confirm the legislature's intention that the Appeals Tribunal decide questions of law, for instance by allowing the Chair, under certain circumstances, to direct cases involving "important or novel questions or issues of general significance" or issues of "law and general policy" to the Appeals Tribunal for consideration (s. 199(1) and (2)), and by providing for a further appeal to the Nova Scotia Court of Appeal "on any question of law" (s. 256(1)). The Appeals Tribunal thus has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions, a jurisdiction which is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. This presumption is not rebutted in this case, as there is no clear implication arising from the Act that the legislature intended to exclude the *Charter* from the scope of the Appeals Tribunal's authority.

En l'espèce, la législature de la Nouvelle-Écosse a expressément investi le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, en prévoyant, au par. 252(1) de la Loi, qu'il [TRADUCTION] « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d'un agent enquêteur » rendue dans l'exercice du pouvoir — conféré à la commission par le par. 185(1) de la Loi — de [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie ». D'autres dispositions de la Loi confirment également l'intention du législateur d'investir le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, notamment en autorisant, dans certains cas, le président à soumettre à l'examen du tribunal d'appel des affaires dans lesquelles sont soulevées [TRADUCTION] « des questions importantes ou nouvelles ou des questions de portée générale », ou encore des questions [TRADUCTION] « de droit et de politique générale » (par. 199(1) et (2)), et en permettant également d'interjeter appel [TRADUCTION] « sur une question de droit » devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (par. 256(1)). Le tribunal d'appel est donc expressément investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées, lequel pouvoir est présumé comprendre celui d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption n'est pas réfutée en l'espèce vu qu'il ne ressort pas clairement de la Loi que le législateur a voulu soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal d'appel.

5 In my view, the Nova Scotia Court of Appeal also erred in concluding that the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations did not violate s. 15(1) of the *Charter*. By entirely excluding chronic pain from the application of the general compensation provisions of the Act and limiting the applicable benefits to a four-week Functional Restoration Program for workers injured after February 1, 1996, the Act and the FRP Regulations clearly impose differential treatment upon injured workers

À mon avis, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a également eu tort de conclure que le Règlement et les dispositions contestées de la Loi ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte*. Du fait qu'ils excluent totalement la douleur chronique du champ d'application des dispositions générales de la Loi relatives à l'indemnisation et qu'ils limitent à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines les avantages auxquels ont droit les travailleurs ayant subi une lésion après le 1er février 1996, il est

suffering from chronic pain on the basis of the nature of their physical disability, an enumerated ground under s. 15(1) of the *Charter*. In the context of the Act, and given the nature of chronic pain, this differential treatment is discriminatory. It is discriminatory because it does not correspond to the actual needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain, who are deprived of any individual assessment of their needs and circumstances. Such workers are, instead, subject to uniform, limited benefits based on their presumed characteristics as a group. The scheme also ignores the needs of those workers who, despite treatment, remain permanently disabled by chronic pain. Nothing indicates that the scheme is aimed at improving the circumstances of a more disadvantaged group, or that the interests affected are merely economic or otherwise minor. On the contrary, the denial of the reality of the pain suffered by the affected workers reinforces widespread negative assumptions held by employers, compensation officials and some members of the medical profession, and demeans the essential human dignity of chronic pain sufferers. The challenged provisions clearly violate s. 15(1) of the *Charter*.

Finally, I am of the view that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. On the one hand, budgetary considerations in and of themselves cannot justify violating a *Charter* right, although they may be relevant in determining the appropriate degree of deference to governmental choices based on a non-financial objective. On the other hand, developing a consistent legislative response to the special issues raised by chronic pain claims — such as determining whether the pain is actually caused by the work-related accident and assessing the relevant degree of impairment — in order to avoid fraudulent claims is a pressing and substantial objective. However, it is obvious that the blanket exclusion of chronic pain from the workers' compensation system does not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. The challenged provisions make no attempt whatsoever to determine who is genuinely suffering and needs

évident que la Loi et le Règlement réservent aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique un traitement différent fondé sur la nature de leur déficience physique qui est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. Dans le contexte de la Loi et compte tenu de la nature de la douleur chronique, cette différence de traitement est discriminatoire. Elle l'est parce qu'elle ne répond pas à la situation et aux besoins véritables des accidentés du travail souffrant de douleur chronique, qui sont privés de toute évaluation individuelle de leurs besoins et de leur situation. Ces personnes ont plutôt droit à des avantages uniformes et limités qui sont fondés sur leurs caractéristiques présumées en tant que groupe. Le régime ne tient pas compte non plus des besoins des travailleurs qui, malgré les traitements, demeurent atteints d'une incapacité permanente due à la douleur chronique. Rien n'indique que le régime vise à améliorer la situation d'un groupe plus défavorisé, ni que les intérêts en cause sont purement économiques ou, par ailleurs, négligeables. Au contraire, nier que les travailleurs concernés souffrent réellement de douleur contribue à renforcer les nombreuses hypothèses négatives des employeurs, des agents d'indemnisation et de certains médecins, et porte atteinte à la dignité essentielle des personnes souffrant de douleur chronique. Les dispositions contestées violent clairement le par. 15(1) de la *Charte*.

Enfin, j'estime que cette violation n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*. D'une part, des considérations budgétaires ne sauraient à elles seules justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*, même si elles peuvent être utiles pour déterminer la mesure de déférence que commandent les choix du gouvernement fondés sur un objectif non financier. D'autre part, donner une réponse législative cohérente aux difficultés particulières que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si la douleur est vraiment due à un accident du travail et d'évaluer l'incapacité qui en résulte —, afin d'éviter les demandes frauduleuses, est un objectif urgent et réel. Cependant, il est évident que l'exclusion générale de la douleur chronique du champ d'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de

compensation and who may be abusing the system. They ignore the very real needs of the many workers who are in fact impaired by chronic pain and whose condition is not appropriately remedied by the four-week Functional Restoration Program. A last alleged objective of the legislation is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain. Assuming that this objective is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, however, they do not minimally impair the rights or chronic pain sufferers. No evidence indicates that an automatic cut-off of benefits regardless of individual needs is necessary to achieve that goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights to re-employment and accommodation.

ce type de douleur. Dans les dispositions contestées, le législateur ne tente nullement de déterminer qui souffre vraiment et a besoin d'être indemnisé et qui abuse vraisemblablement du système. Ces dispositions ne tiennent pas compte des besoins bien réels des nombreux travailleurs qui sont effectivement atteints d'une incapacité due à la douleur chronique et pour qui le programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines n'est pas suffisant. On allègue, enfin, que la Loi a pour objectif d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique. À supposer que cet objectif soit urgent et réel et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, ces dernières ne portent toutefois pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de douleur chronique. Aucune preuve n'indique que la réalisation de cet objectif commande le retrait automatique des avantages sans égard aux besoins de la personne touchée. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation.

7 I thus conclude that the challenged provisions violate the *Charter* and should be struck down.

Je conclus donc que les dispositions contestées violent la *Charte* et doivent être invalidées.

II. Facts

II. Les faits

A. *The Laseur Appeal*

A. *Le pourvoi Laseur*

8 The appellant Ruth A. Laseur was employed as a bus driver by the Metropolitan Authority (Metro Transit Division) in Halifax, Nova Scotia. On November 13, 1987, she injured her back and her right hand when she slipped and fell from the bumper of her bus while attempting to clean the windshield. The accident was reported to the Board and she continued to work until February 16, 1988, with occasional days off due to back pain. She received temporary disability benefits for various periods between February 16, 1988, and October 30, 1989, when the benefits were terminated. Although Ms. Laseur attempted to return to work on several occasions, she found that performing her duties aggravated her condition.

L'appelante Ruth A. Laseur était chauffeur d'autobus pour la Metropolitan Authority (Metro Transit Division) de Halifax, en Nouvelle-Écosse. Le 13 novembre 1987, après être montée sur le pare-chocs de son autobus pour en nettoyer le pare-brise, elle est tombée, se blessant alors au dos et à la main droite. L'accident a été signalé à la commission, et l'appelante a continué de travailler jusqu'au 16 février 1988, s'absentant à l'occasion à cause de maux de dos. Elle a touché des prestations pour incapacité temporaire pendant diverses périodes comprises entre le 16 février 1988 et le 30 octobre 1989, date à laquelle leur versement a cessé. Madame Laseur a tenté de retourner au travail à maintes reprises, mais elle a constaté que l'exercice de ses fonctions avait pour effet d'aggraver son état.

Ms. Laseur continued to pursue her workers' compensation claim and returned to work part-time on February 23, 1990. A summary report by the Board on February 21, 1990, noted that she had "fallen into the usual chronic pain picture" and considered that there was "no objective evidence to justify a PMI (permanent medical impairment) examination". She worked part-time until April 10, 1990, when her employer required her to return to full-time hours. This aggravated her back pain. She stopped work on April 18, then shortly returned on a part-time basis until July 30. Later, after numerous treatments for her back pain remained ineffective, her family physician ordered her to stop working again.

Madame Laseur a continué de réclamer une indemnité pour accident du travail et est retournée travailler à temps partiel le 23 février 1990. Dans un rapport sommaire daté du 21 février 1990, la commission a noté que l'appelante [TRADUCTION] « semblait avoir développé le profil habituel de la personne souffrant de douleur chronique » et a estimé qu'« aucun symptôme objectif ne justifiait de procéder à un examen d'incapacité permanente ». Madame Laseur a travaillé à temps partiel jusqu'au 10 avril 1990, date à laquelle elle a recommencé à travailler à temps plein à la demande de son employeur. Il en a alors résulté une aggravation de ses maux de dos. Elle a cessé de travailler le 18 avril, puis est brièvement retournée au travail, à temps partiel, jusqu'au 30 juillet. Par la suite, après avoir subi sans succès de nombreux traitements destinés à atténuer ses maux de dos, M^me^ Laseur a reçu de son médecin de famille l'ordre de cesser encore une fois de travailler.

9

Ms. Laseur appealed the Board's decision to terminate her temporary disability benefits to the Workers' Compensation Appeal Board (as it was then called). In October 1990, the Board awarded her further temporary disability benefits until July 30, 1990, which were to be continued beyond that date until an assessment could be carried out for permanent partial disability benefits. On January 17, 1991, Ms. Laseur attended for an estimation of her permanent medical impairment. The medical services administrator noted that "[t]his is basically a chronic pain problem, perhaps even a chronic pain syndrome although she seems to be a very pleasant individual with not the usual features of this type of problem. However, there is no organic evidence to justify a PMI as far as I can tell based on the examination done today." A permanent partial disability award was denied.

Madame Laseur a interjeté appel devant la Workers' Compensation Appeals Board (« commission d'appel ») — maintenant Workers' Compensation Appeals Tribunal (« tribunal d'appel ») — contre la décision de la commission de cesser le versement des prestations pour incapacité temporaire. En octobre 1990, la commission lui a consenti d'autres prestations pour incapacité temporaire jusqu'au 30 juillet 1990, lesquelles continueraient d'être versées après cette date jusqu'à ce qu'il soit possible de procéder à une évaluation qui pourrait lui permettre de toucher des prestations pour incapacité partielle permanente. Le 17 janvier 1991, M^me^ Laseur a subi une évaluation de son incapacité permanente. L'administrateur des services médicaux a alors noté ceci : [TRADUCTION] « Il s'agit essentiellement d'un problème de douleur chronique, peut-être même du syndrome de la douleur chronique, bien qu'elle semble être une personne très charmante qui ne présente pas les caractéristiques habituellement associées à ce genre de problème. J'estime toutefois que l'examen effectué aujourd'hui n'a permis de déceler aucune trace de lésion organique étayant l'existence d'une incapacité permanente. » L'indemnisation pour incapacité partielle permanente a été refusée.

10

11 After being denied accommodation by her employer and permanent benefits by the Board, Ms. Laseur resigned from her position. She took courses in accounting and business computer programming, which she self-financed, notably by borrowing money from her mother-in-law. She did well and, upon graduating from her last course in 1994, found employment with a software firm in Edmonton. As she continued to suffer from chronic back pain, her work schedule was modified and she was allowed occasionally to work from home. She continued to pursue her claim in Nova Scotia for permanent partial disability benefits retroactive to January 1991. On August 12, 1994, after further medical reports, a case manager determined that Ms. Laseur was not entitled to such benefits or to vocational rehabilitation assistance. The case manager stated that "she probably has a full blown chronic pain syndrome, which is a non-compensable condition and is well known to be virtually totally related to psychosocial factors". This decision was affirmed by a review officer on March 21, 1996, and by a hearing officer on November 19, 1996.

12 Ms. Laseur appealed the Board's decision to the Appeals Tribunal on the ground that portions of s. 10B of the Act, which prevents chronic pain sufferers from obtaining workers' compensation benefits, infringed s. 15 of the *Charter*. The Appeals Tribunal allowed the appeal in part, but held that, even disregarding the effect of s. 10B of the Act, Ms. Laseur was not entitled to permanent impairment benefits or vocational rehabilitation assistance. The Board appealed the Appeals Tribunal's *Charter* conclusions, and Ms. Laseur cross-appealed the refusal to award benefits. The Nova Scotia Court of Appeal allowed the Board's appeal and dismissed Ms. Laseur's cross-appeal.

Après s'être vu refuser des mesures d'adaptation par son employeur et des prestations pour incapacité permanente par la commission, M^me^ Laseur a démissionné de son poste. Elle a suivi des cours de comptabilité et de programmation d'ordinateurs de gestion, qu'elle a financés elle-même au moyen notamment d'un prêt consenti par sa belle-mère. Elle a bien réussi et, après avoir terminé son dernier cours en 1994, elle a décroché un emploi chez un fabricant de logiciels à Edmonton. Comme elle souffrait toujours de maux de dos chroniques, son horaire de travail a été modifié et elle a parfois été autorisée à travailler à la maison. Elle a continué de réclamer, en Nouvelle-Écosse, une indemnité pour incapacité partielle permanente, rétroactive au mois de janvier 1991. Le 12 août 1994, à la suite d'autres rapports médicaux, un gestionnaire de cas a décidé que M^me^ Laseur n'avait droit ni à ces prestations ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. Il a précisé qu'[TRADUCTION] « elle est probablement atteinte du syndrome clinique de la douleur chronique, un état qui ne donne pas ouverture à indemnisation et qui est bien connu comme étant lié en quasi-totalité à des facteurs psychosociaux ». Cette décision a été confirmée par un agent de révision le 21 mars 1996, et par un agent enquêteur le 19 novembre suivant.

Madame Laseur a interjeté appel contre la décision de la commission devant le tribunal d'appel en faisant valoir que les parties de l'art. 10B de la Loi, qui empêchent les personnes souffrant de douleur chronique de toucher une indemnité pour accident du travail, violaient l'art. 15 de la *Charte*. Le tribunal d'appel a accueilli en partie l'appel, mais a décidé que, même indépendamment de l'effet de l'art. 10B de la Loi, M^me^ Laseur n'avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d'appel relatives à la *Charte*, et M^me^ Laseur a interjeté un appel incident contre le refus de lui accorder des prestations. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel de la commission et a rejeté l'appel incident de M^me^ Laseur.

B. *The Martin Appeal*

The appellant Donald Martin worked as a foreman at Suzuki Dartmouth. On February 6, 1996, he lifted a tow dolly and towed it backward about 15 feet. He experienced a sudden and severe pain in his lumbar spine and, although he remained at work that day, he later visited his family physician, who on February 8 diagnosed a lumbar sprain. In the following months, Mr. Martin returned to work several times, but recurring pain required him to stop. He attended a work conditioning and hardening program. During this period, the Board provided him with temporary disability benefits and rehabilitation services. However, his temporary benefits were discontinued on August 6, 1996. Mr. Martin sought review of this decision, but his claim was denied. The review officer noted that there was no demonstrated pathology to support Mr. Martin's complaint of pain, that he was developing early signs of chronic pain and that under the FRP Regulations, chronic pain is generally excluded from the operation of the Act. A further appeal to a hearing officer was also denied.

Mr. Martin appealed the Board's decision to the Appeals Tribunal on the ground that the FRP Regulations and s. 10B(c) of the Act infringed s. 15 of the *Charter*. The Board challenged the Appeal Tribunal's jurisdiction to hear the *Charter* argument. The Appeals Tribunal affirmed its jurisdiction to apply the *Charter* and allowed the appeal on the merits, holding that the FRP Regulations and s. 10B(c) of the Act violated s. 15 of the *Charter* and that these violations are not justified under s. 1. Mr. Martin was awarded temporary benefits from August 6 to October 15, 1996. The Board appealed the Appeals Tribunal's *Charter* conclusions, and Mr. Martin cross-appealed the cut-off of benefits as of October 15, 1996. The Nova Scotia Court of Appeal allowed the Board's appeal and dismissed Mr. Martin's cross-appeal.

B. *Le pourvoi Martin*

13 L'appelant Donald Martin occupait le poste de contremaître chez Suzuki Dartmouth. Le 6 février 1996, il a soulevé un chariot de remorquage et l'a tiré à reculons sur une distance d'environ 15 pieds. Il a soudainement ressenti une douleur aiguë à la colonne lombaire, mais est resté au travail ce jour-là. Il s'est, par la suite, rendu chez son médecin de famille qui, le 8 février, a diagnostiqué une entorse lombaire. Au cours des mois suivants, M. Martin est retourné au travail à maintes reprises, mais il a dû cesser de travailler à cause d'une douleur récurrente. Il a suivi un programme de conditionnement au travail et de renforcement. Pendant cette période, la commission lui a versé des prestations pour incapacité temporaire en plus de lui offrir des services de réadaptation. Elle a toutefois cessé de lui verser les prestations le 6 août 1996. Monsieur Martin a demandé la révision de cette décision, ce qui lui a été refusé. L'agent de révision a noté qu'aucune pathologie manifeste n'expliquait la douleur dont se plaignait M. Martin, que ce dernier présentait des signes avant-coureurs de la douleur chronique et que le Règlement excluait, de manière générale, la douleur chronique du champ d'application de la Loi. Un autre appel interjeté devant un agent enquêteur a également été rejeté.

14 Monsieur Martin a interjeté appel contre la décision de la commission devant le tribunal d'appel, en faisant valoir que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte*. La commission a contesté la compétence du tribunal d'appel pour entendre l'argument fondé sur la *Charte*. Le tribunal d'appel a confirmé qu'il avait compétence pour appliquer la *Charte* et il a accueilli l'appel au fond, décidant que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte* et que ces violations n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. Monsieur Martin s'est vu accorder des prestations temporaires pour la période du 6 août au 15 octobre 1996. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d'appel relatives à la *Charte*, et M. Martin a interjeté un appel incident contre la cessation du versement des prestations prévue pour le 15 octobre 1996. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel de la commission et rejeté l'appel incident de M. Martin.

III. Judgments Below

A. *Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal*

15 In its preliminary decision on jurisdiction in the *Martin* appeal, rendered on August 27, 1999, the Appeals Tribunal held that it had jurisdiction to make determinations of all questions of law, including whether the Act or the FRP Regulations violated the *Charter*. It did so on the basis of s. 185(1) of the Act, which granted the Board "exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part", "[s]ubject to the rights of appeal provided in this Act" and of s. 243, which provided a right of appeal from the Board to the Appeals Tribunal. The Appeals Tribunal applied this decision in the *Laseur* appeal.

16 In the *Martin* appeal, decided on January 31, 2000, the Appeals Tribunal concluded that the FRP Regulations violated s. 15(1) of the *Charter*. It found that workers suffering from chronic pain were subjected to differential treatment, in that the benefits to which they were entitled were significantly restricted and their cases were not determined having regard to their individual circumstances. The Appeals Tribunal also found that such differential treatment was founded on disability caused by chronic pain, and that that disability constitutes either a physical or a mental disability under s. 15(1). Finally, it held that the operation of the FRP Regulations was discriminatory in that it stereotyped workers with chronic pain and determined their cases without reference to their individual circumstances, thus impacting their dignity by implying that their claims were less valid than those of injured workers without chronic pain.

17 The Appeals Tribunal further found that this infringement was not justified under s. 15(2) or s. 1 of the *Charter*. In its view, the blanket exclusion of chronic pain from the operation of the Act illustrated that the objective of the FRP Regulations was not to ameliorate the condition of workers affected

III. Les jugements

A. *Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse*

Dans la décision préliminaire qu'il a rendue au sujet de sa compétence dans l'appel *Martin*, le 27 août 1999, le tribunal d'appel a décidé qu'il pouvait trancher toute question de droit, y compris celle de savoir si la Loi ou le Règlement violait la *Charte*. Pour ce faire, il s'est fondé sur le par. 185(1) de la Loi, qui accorde à la commission la [TRADUCTION] « compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie » « [s]ous réserve des droits d'appel prévus dans la présente loi », et sur l'art. 243 qui accorde le droit d'interjeter appel devant lui contre une décision de la commission. Le tribunal d'appel a appliqué cette décision dans l'appel *Laseur*.

Dans le dossier *Martin*, le tribunal d'appel a conclu, le 31 janvier 2000, que le Règlement violait le par. 15(1) de la *Charte*. Il a estimé qu'un traitement différent était réservé aux travailleurs souffrant de douleur chronique, du fait que les avantages auxquels ils avaient droit étaient très limités et précis et que leurs demandes n'étaient pas réglées eu égard à la situation de chacun. Il a aussi conclu que cette différence de traitement était fondée sur une incapacité due à la douleur chronique, et que cette incapacité constituait une déficience soit physique soit mentale au sens du par. 15(1). Enfin, il a jugé que le Règlement était discriminatoire parce qu'il établissait un stéréotype à l'endroit des travailleurs souffrant de douleur chronique et permettait de se prononcer sur leurs demandes sans tenir compte de la situation de chacun, ce qui portait atteinte à leur dignité en laissant entendre que leurs demandes étaient moins valables que celles des autres accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique.

Le tribunal d'appel a, en outre, statué que cette atteinte n'était pas justifiée au regard du par. 15(2) ou de l'article premier de la *Charte*. Selon lui, l'exclusion générale de la douleur chronique du champ d'application de la Loi montrait que le Règlement visait non pas à améliorer la situation des travailleurs

by chronic pain, but rather to provide them with very limited, structured benefits. Turning to s. 1, the Appeals Tribunal found that the objective of the FRP Regulations was pressing and substantial, as they attempted to provide a compensation scheme to individuals whose disability presented a challenge to the normal system. The Appeals Tribunal found, however, that the FRP Regulations did not pass the minimal impairment test, as they effectively precluded chronic pain sufferers from receiving any benefits whatsoever in relation to the frequent permanency of their condition. For the same reasons, the Appeals Tribunal also found that s. 10B(c) of the Act was unconstitutional and that Mr. Martin was entitled to temporary loss of earnings benefits and medical aid up to October 15, 1996.

In the *Laseur* appeal, also decided on January 31, 2000, the Appeals Tribunal concluded, based on the reasons given in the *Martin* appeal, that s. 10A and s. 10B(b) and (c) of the Act also violated s. 15(1) of the *Charter* and were not saved by s. 15(2) or s. 1. Even ignoring these provisions, however, the Appeals Tribunal found that while Ms. Laseur suffered from chronic pain attributable to her work injury, her permanent medical impairment rating under the applicable guidelines was 0 percent, thus barring her from obtaining permanent impairment or vocational rehabilitation benefits. While the Appeals Tribunal recognized that this conclusion was inconsistent with its findings on the *Charter* issue, it held that, since the constitutionality of the guidelines had not been raised or argued, it lacked jurisdiction to decide the issue.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 2000 NSCA 126

1. Jurisdiction of the Appeals Tribunal to Apply the *Charter*

Cromwell J.A. found that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutional validity of the Act. He stated that the relevant inquiry was whether the legislature intended

souffrant de douleur chronique, mais plutôt à leur offrir des avantages très limités et précis. Au sujet de l'article premier, le tribunal d'appel a conclu que le Règlement visait un objectif urgent et réel en tentant d'établir un régime d'indemnisation destiné aux personnes souffrant d'une incapacité mettant à l'épreuve le régime normalement applicable. Toutefois, il a décidé que le Règlement ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale étant donné qu'en réalité il refusait aux personnes souffrant de douleur chronique tout avantage quel qu'il soit pour leur état souvent permanent. Pour les mêmes motifs, il a également jugé que l'al. 10Bc) de la Loi était inconstitutionnel et que M. Martin avait droit à des prestations temporaires de remplacement du revenu et à des soins médicaux jusqu'au 15 octobre 1996.

18 Dans le dossier *Laseur*, le tribunal d'appel a également conclu, le 31 janvier 2000, pour les mêmes motifs que dans le dossier *Martin*, que l'art. 10A et les al. 10Bb) et c) de la Loi violaient également le par. 15(1) de la *Charte* et n'étaient sauvegardés ni par le par. 15(2) ni par l'article premier. Le tribunal d'appel a toutefois décidé que, même abstraction faite de ces dispositions, en dépit du fait qu'elle souffrait de douleur chronique à la suite de l'accident du travail dont elle avait été victime, le taux d'incapacité médicale permanente de M^me^ Laseur était de 0 pour 100 selon les lignes directrices applicables, de sorte qu'elle n'avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. Tout en reconnaissant que cette conclusion était incompatible avec celles qu'il avait tirées au sujet de la question relative à la *Charte*, le tribunal d'appel a conclu qu'il n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des lignes directrices étant donné que cette question n'avait été ni soulevée ni débattue.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 2000 NSCA 126

1. Compétence du tribunal d'appel pour appliquer la *Charte*

19 Le juge Cromwell a conclu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de la Loi. Selon lui, il fallait se demander si le législateur avait eu l'intention d'habiliter ce

to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*, an intention that should generally not be inferred from the tribunal's authority simply to interpret and apply its own enabling statute. What was needed, in his view, was a grant of authority to the tribunal to interpret or apply "any law necessary to [reaching] its findings", to address "general questions of law", or to "apply the law of the land to the disputes before them" (para. 93). In the absence of an express grant, one may be implied from the statutory scheme and the role of the tribunal. A key consideration is whether the tribunal performs an adjudicative function.

20 Turning to the applicable legislation, Cromwell J.A. stated, at para. 126, that "[t]he linchpin of the argument in favour of [the Appeals Tribunal]'s *Charter* jurisdiction is that it derives this authority by virtue of its appellate role in relation to the Board." Thus, it was necessary first to consider the authority of the Board to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. Cromwell J.A. held that, while s. 185 of the Act conferred on the Board jurisdiction to determine "all questions of fact and law arising pursuant to this Part", other factors indicated that the legislature did not intend it to decide fundamental constitutional issues. The Board was not an adjudicative body, hearing officers could not refuse to apply the Board's policies on grounds of inconsistency with the Act, and the Chair of the Board of Directors could postpone an appeal raising "an issue of law and general policy" for up to 12 months to allow the Board to exercise its policy-making power (s. 200(1)(a)). Thus, Cromwell J.A. concluded, the Board lacked the authority to refuse to apply a provision of the Act on *Charter* grounds.

21 Cromwell J.A. found that, since the Appeals Tribunal's jurisdiction was to "confirm, vary or reverse" the decision of the Board, the latter's lack

tribunal à interpréter et à appliquer la *Charte*, une intention qui ne doit généralement pas être inférée du pouvoir que le tribunal a d'interpréter et d'appliquer uniquement sa propre loi habilitante. À son avis, il aurait fallu que le tribunal ait été habilité à interpréter ou à appliquer [TRADUCTION] « toute règle de droit requise pour tirer ses conclusions », à examiner « des questions de droit générales » ou à « appliquer les lois du pays aux différends dont il est saisi » (par. 93). Lorsqu'elle n'est pas explicite, l'attribution de pouvoir peut se dégager du régime établi par la loi et du rôle du tribunal. Il est essentiel de savoir si le tribunal exerce une fonction juridictionnelle.

À l'examen des dispositions législatives applicables, le juge Cromwell affirme, au par. 126, que [TRADUCTION] « [l]e principal argument favorable à la compétence [que le tribunal d'appel aurait] en matière de *Charte* est que cette compétence tient au rôle d'appel qu'il joue relativement aux décisions de la commission. » Il était donc nécessaire de commencer par décider si la commission pouvait soumettre sa loi habilitante à un examen fondé sur la *Charte*. Le juge Cromwell a conclu que, même si l'art. 185 de la Loi conférait à la commission le pouvoir de trancher [TRADUCTION] « toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie », d'autres facteurs indiquaient que le législateur n'a pas voulu qu'elle tranche des questions de droit constitutionnel fondamentales. La commission n'était pas un organisme juridictionnel, l'agent enquêteur ne pouvait pas refuser d'appliquer les politiques de la commission pour cause d'incompatibilité avec la Loi et le président du conseil d'administration pouvait reporter jusqu'à 12 mois l'audition d'un appel soulevant [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale », afin de permettre à la commission d'exercer son pouvoir d'établir des politiques (al. 200(1)a)). Le juge Cromwell a donc conclu que la commission ne pouvait pas refuser d'appliquer une disposition de la Loi pour des raisons liées à la *Charte*.

Le juge Cromwell a conclu qu'étant donné que le tribunal d'appel avait compétence pour [TRADUCTION] « confirmer, modifier ou infirmer »

of jurisdiction to apply the *Charter* destroyed the underpinning of the submission that the former was empowered to do so. In addition, even though the Appeals Tribunal, unlike the Board, was an adjudicative body, there were clear indications of its lack of jurisdiction to apply the *Charter*. It had no express grant of authority to decide general questions of law, but merely to interpret and apply the Act itself; it was not an expert tribunal, since it did not exercise policy-making functions; its members (apart from the Chief Appeal Commissioner) were not required to be members of the bar; and it was required to decide appeals within 60 days, in brief written reasons. Moreover, the Chair could refer "an issue of law and general policy" arising on an appeal to the Board of Directors. Finally, allowing the Appeals Tribunal to decide constitutional questions could increase its workload and cause delays which parties to other cases would have to bear. This would contradict the objective of eliminating the previous backlog of cases, the objective propelling the 1999 chronic pain amendments.

la décision de la commission, le fait que cette dernière n'ait pas compétence pour appliquer la *Charte* minait l'argument selon lequel le tribunal d'appel était habilité à le faire. De plus, même si, contrairement à la commission, le tribunal d'appel était un organisme juridictionnel, il apparaissait clairement qu'il n'avait pas compétence pour appliquer la *Charte*. Dépourvu du pouvoir explicite de trancher des questions de droit générales, il était seulement habilité à interpréter et à appliquer la Loi elle-même; il n'était pas un tribunal spécialisé étant donné qu'il n'exerçait pas des fonctions d'établissement de politiques; ses membres (à l'exception du commissaire d'appel en chef) n'étaient pas tenus d'être avocats; il devait également trancher les appels dans les 60 jours et dans de brefs motifs écrits. De plus, le président pouvait renvoyer au conseil d'administration [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale » soulevée dans un appel. Enfin, autoriser le tribunal d'appel à trancher des questions de droit constitutionnel pourrait accroître sa charge de travail et occasionner des retards aux parties à d'autres affaires. Cela irait à l'encontre de l'objectif d'éliminer l'arriéré de dossiers, qui sous-tend les modifications de 1999 portant sur la douleur chronique.

2. Section 15(1) of the *Charter*

2. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Cromwell J.A. first noted that prior to the enactment of the challenged provisions, claims based on chronic pain were problematic under the Act. This had been due to the difficulties in establishing causality, the absence of ascertainable organic cause or objective findings and the lack of response to traditional treatment. To respond to these problems, the legislature enacted the challenged provisions, which "may be taken as a legislative judgment . . . that for workers' compensation purposes, the loss of earnings or permanent impairment flowing from chronic pain are not reasonably attributed to the injury" (para. 181). Turning to the formal s. 15(1) analysis, Cromwell J.A. held that in each case, the appropriate comparison was between workers subject to the Act who have chronic pain and have suffered functional limitation, wage loss or permanent

Le juge Cromwell a d'abord fait observer qu'avant l'adoption des dispositions contestées les demandes fondées sur la douleur chronique posaient un problème en matière d'application de la Loi. Ce problème était dû à la difficulté d'établir un lien de causalité, à l'absence d'une cause organique véritable ou de symptômes objectifs et à l'inefficacité des traitements traditionnels. Afin de remédier à cette situation, le législateur a adopté les dispositions contestées qui [TRADUCTION] « peuvent être interprétées comme reflétant [son] opinion [. . .] qu'aux fins d'indemnisation des travailleurs il n'est pas raisonnable d'imputer à la lésion subie la perte de revenu ou l'incapacité permanente due à la douleur chronique » (par. 181). En ce qui concerne l'analyse proprement dite fondée sur le par. 15(1), le juge Cromwell a décidé qu'il convenait, dans chaque cas, d'établir

22

impairment and workers subject to the Act who do not have chronic pain and have suffered functional limitation, wage loss or permanent impairment.

23 Cromwell J.A. went on to find that there was clear differential treatment in Mr. Martin's case. Since Ms. Laseur would not have been entitled to benefits under the guidelines even without the challenged provisions, Cromwell J.A. held that the differential treatment in her case consisted of denial of access to the general scheme of benefits under the Act: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. He further found that the differential treatment of the respondents was based on the enumerated ground of "physical or mental disability". Even though injured workers without chronic pain also suffered from disabilities, differential treatment could exist even where the appropriate comparator group consists of persons who are also described by the same enumerated ground: *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.

24 Turning to the substantive discrimination analysis, Cromwell J.A. first held that nothing in the record indicated that chronic pain sufferers have been victims of historical disadvantage or stereotyping distinct from that experienced by other disabled workers seeking compensation. As to the relationship between the benefits, the claimants' circumstances and the ameliorative purpose of the impugned law, he found that in the context of a large-scale no-fault compensation scheme, it would be unrealistic to insist upon perfect correspondence. The scheme as a whole had an ameliorative purpose; the question was whether the limitations on recovery were premised on a misunderstanding of the claimants' actual needs, capacities and circumstances.

une comparaison entre les travailleurs assujettis à la Loi qui souffrent de douleur chronique et d'une limitation fonctionnelle ou d'une incapacité permanente ou qui ont subi une perte de revenu, et les travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui souffrent d'une limitation fonctionnelle ou d'une incapacité permanente ou qui ont subi une perte de revenu.

Le juge Cromwell a ajouté qu'il y avait clairement une différence de traitement dans le cas de M. Martin. Il a estimé que, dans le cas de M^me^ Laseur, la différence de traitement résidait dans le refus de lui donner accès au régime général d'avantages prévu par la Loi puisque, même en l'absence des dispositions contestées, celle-ci n'aurait pas eu droit à des prestations d'après les lignes directrices : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Il a, en outre, conclu que le traitement différent réservé aux intimés était fondé sur le motif énuméré de la « déficience physique ou mentale ». Même si les accidentés du travail qui ne souffraient pas de douleur chronique étaient aussi atteints d'une incapacité, il pouvait y avoir différence de traitement peu importe que le groupe de comparaison approprié ait compris des personnes également visées par le même motif énuméré : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28.

Au sujet de la question de la discrimination réelle, le juge Cromwell a d'abord conclu que rien au dossier n'indiquait que les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes différents de ceux dont ont été l'objet d'autres accidentés du travail atteints d'une incapacité qui sollicitaient une indemnité. Quant au lien entre les avantages offerts, la situation des demandeurs et l'objectif d'amélioration de la loi contestée, il a décidé que, dans un régime général d'indemnisation sans égard à la faute, il serait irréaliste d'exiger une correspondance parfaite. Dans son ensemble, le régime visait un objectif d'amélioration; la question était de savoir si la limitation de l'indemnisation découlait

stances. He found that chronic pain was a complex of physical, psychological, emotional, social and cultural factors, and the chronic pain provisions in issue attempted to respond to this reality by providing short-term benefits in the form of participation in the Functional Restoration Program and encouraging early return to work by denying further benefits. Although the need to contain costs and to bring consistency to the large number of claims before the Board also motivated the enactment, this did not negate its ameliorative effects. Cromwell J.A. also found the interest affected by the denial of benefits to be merely economic in nature.

Based on these findings, he concluded that the chronic pain provisions did not demean the human dignity of the claimants and thus did not violate s. 15(1). Consequently, it was not necessary to address arguments relating to s. 15(2) or s. 1.

IV. Issues

Does the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal have the authority to refuse to apply, on *Charter* grounds, benefits provisions of its enabling statute?

In addition, the following constitutional questions have been stated by this Court:

1. Do s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question # 1 is yes, does such infringement constitute a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

d'une mauvaise compréhension des besoins, des capacités et de la situation véritables des demandeurs. Selon lui, la douleur chronique était liée à un ensemble de facteurs physiques, psychologiques, émotionnels, sociaux et culturels, et les dispositions relatives à cette douleur qui étaient contestées tentaient de tenir compte de cette réalité en offrant des avantages à court terme sous forme de participation au programme de rétablissement fonctionnel et en favorisant le retour rapide au travail par le refus de tout autre avantage. En dépit du fait que leur adoption était également motivée par la nécessité de restreindre les coûts et d'assurer l'uniformité du traitement du grand nombre de demandes présentées à la commission, les dispositions en cause ne perdaient pas pour autant leur effet améliorateur. Le juge Cromwell a également estimé que les intérêts touchés par le refus de verser des prestations étaient purement économiques.

Compte tenu de ces conclusions, il a décidé que les dispositions relatives à la douleur chronique ne portaient pas atteinte à la dignité des demandeurs et ne violaient donc pas le par. 15(1). Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur le par. 15(2) ou l'article premier. 25

IV. Questions en litige

Le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse peut-il, pour des motifs liés à la *Charte*, refuser d'appliquer les dispositions de sa loi habilitante prévoyant le versement de prestations? 26

De plus, notre Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, dans sa version modifiée, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, portent-ils atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analysis

A. *Jurisdiction of the Appeals Tribunal to Apply the Charter*

1. The Policy Adopted by This Court in the Trilogy

27 This Court has examined the jurisdiction of administrative tribunals to consider the constitutional validity of a provision of their enabling statute in *Douglas College*, *supra*, *Cuddy Chicks*, *supra*, and *Tétreault-Gadoury*, *supra* (together, the "trilogy"). On each occasion, the Court emphasized the strong reasons, of principle as well as policy, for allowing administrative tribunals to make such determinations and to refuse to apply a challenged provision found to violate the Constitution.

28 First, and most importantly, the Constitution is, under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, "the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". The invalidity of a legislative provision inconsistent with the *Charter* does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to protect those whom it adversely affects. In that sense, by virtue of s. 52(1), the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. Courts may not apply invalid laws, and the same obligation applies to every level and branch of government, including the administrative organs of the state. Obviously, it cannot be the case that every government official has to consider and decide for herself the constitutional validity of every provision she is called upon to apply. If, however, she is endowed with the power to consider questions of law relating to a provision, that power will normally extend to assessing the constitutional validity of that provision. This is because the consistency of a provision with the Constitution is a question of law arising under that provision. It is, indeed, the most fundamental question of law one could conceive, as it will determine

V. Analyse

A. *Compétence du tribunal d'appel pour appliquer la Charte*

1. La politique adoptée par notre Cour dans la trilogie

Dans les arrêts *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, précités (la « trilogie »), notre Cour a examiné la question de la compétence d'un tribunal administratif pour décider de la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante. Dans chaque cas, elle a fait ressortir les raisons sérieuses, tant sur le plan des principes que sur celui de la politique générale, de permettre aux tribunaux administratifs de se prononcer à ce sujet et de refuser d'appliquer une disposition contestée qui a été jugée inconstitutionnelle.

Premièrement — ce qui est le plus important —, la Constitution est, aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « la loi suprême du Canada » et « elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». L'invalidité d'une disposition législative incompatible avec la *Charte* découle non pas d'une déclaration d'inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l'application du par. 52(1). Donc, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption, et l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet n'est qu'un moyen parmi d'autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice. En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1). Les tribunaux judiciaires ne doivent pas appliquer des règles de droit invalides, et il en va de même pour tout niveau ou organe de gouvernement, y compris un organisme administratif de l'État. De toute évidence, un fonctionnaire ne saurait être tenu de s'interroger et de se prononcer sur la constitutionnalité de chaque disposition qu'il est appelé à appliquer. Toutefois, s'il est investi du pouvoir d'examiner les questions de droit liées à une disposition, ce pouvoir englobe habituellement celui d'évaluer la constitutionnalité de cette disposition. Cela s'explique par le fait que la compatibilité d'une disposition avec la Constitution est une question de droit découlant de l'application de cette disposition. À vrai dire, il n'y

whether the enactment is in fact valid law, and thus whether it ought to be interpreted and applied as such or disregarded.

From this principle of constitutional supremacy also flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts: see *Douglas College*, *supra*, at pp. 603-4. In La Forest J.'s words, "there cannot be a Constitution for arbitrators and another for the courts" (*Douglas College*, *supra*, at p. 597). This accessibility concern is particularly pressing given that many administrative tribunals have exclusive initial jurisdiction over disputes relating to their enabling legislation, so that forcing litigants to refer *Charter* issues to the courts would result in costly and time-consuming bifurcation of proceedings. As McLachlin J. (as she then was) stated in her dissent in *Cooper*, *supra*, at para. 70:

The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals.

Similar views had been expressed by the majority in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

Second, *Charter* disputes do not take place in a vacuum. They require a thorough understanding of the objectives of the legislative scheme being challenged, as well as of the practical constraints it faces and the consequences of proposed constitutional remedies. This need is heightened when, as is often

a pas de question de droit plus fondamentale puisqu'elle permet de déterminer si, dans les faits, la disposition est valide et, par conséquent, si elle doit être interprétée et appliquée, ou s'il y a lieu de ne pas en tenir compte.

29 Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles : voir *Douglas College*, précité, p. 603-604. Pour reprendre les propos du juge La Forest, « il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux » (*Douglas College*, précité, p. 597). Ce souci d'accessibilité est d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante, de sorte qu'obliger les parties à ces différends à saisir une cour de justice de toute question liée à la *Charte* leur imposerait un long et coûteux détour. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a affirmé dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Cooper*, précité, par. 70 :

La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions.

Dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, les juges majoritaires ont exprimé des points de vue semblables.

30 Deuxièmement, un différend relatif à la *Charte* ne survient pas en l'absence de tout contexte. Son règlement exige une connaissance approfondie des objectifs du régime législatif contesté, ainsi que des contraintes pratiques liées à son application et des conséquences de la réparation constitutionnelle

the case, it becomes necessary to determine whether a *prima facie* violation of a *Charter* right is justified under s. 1. In this respect, the factual findings and record compiled by an administrative tribunal, as well as its informed and expert view of the various issues raised by a constitutional challenge, will often be invaluable to a reviewing court: see *Douglas College*, *supra*, at pp. 604-5. As La Forest J. correctly observed in *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 16-17:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. . . . The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance.

31 Third, administrative tribunal decisions based on the *Charter* are subject to judicial review on a correctness standard: see *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 17. An error of law by an administrative tribunal interpreting the Constitution can always be reviewed fully by a superior court. In addition, the constitutional remedies available to administrative tribunals are limited and do not include general declarations of invalidity. A determination by a tribunal that a provision of its enabling statute is invalid pursuant to the *Charter* is not binding on future decision makers, within or outside the tribunal's administrative scheme. Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases. Therefore, allowing administrative tribunals to decide *Charter* issues does not undermine the role of the courts as final arbiters of constitutionality in Canada.

proposée. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme c'est souvent le cas, il devient nécessaire de décider si l'atteinte *prima facie* à un droit garanti par la *Charte* est justifiée au sens de l'article premier. À cet égard, les conclusions de fait d'un tribunal administratif et le dossier qu'il établit, de même que la perception éclairée qu'il a, à titre d'organisme spécialisé, des différentes questions que soulève une contestation constitutionnelle, seront souvent extrêmement utiles à la cour qui procède au contrôle judiciaire : voir *Douglas College*, précité, p. 604-605. Comme le juge La Forest l'a fait observer, à juste titre, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, p. 16-17 :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. [. . .] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable.

Troisièmement, les décisions d'un tribunal administratif fondées sur la *Charte* sont assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte : voir *Cuddy Chicks*, précité, p. 17. L'erreur de droit qu'un tribunal administratif commet en interprétant la Constitution peut toujours faire l'objet d'un contrôle complet par une cour supérieure. En outre, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la *Charte* ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative. En conséquence, permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la *Charte* ne mine pas le rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité au Canada.

In *Douglas College*, *supra*, La Forest J. expressly considered and rejected several general arguments made against recognizing that administrative tribunals that have jurisdiction to decide questions of law possess a concomitant jurisdiction to apply the *Charter*. He noted that some authors had pointed to practical concerns with respect to the desirability of such adjudication, such as the lack of legal expertise of some administrative tribunals, the differences between their rules of procedure and evidence and those followed by courts, and the need to maintain the accessibility and timeliness of their procedures. Nevertheless, La Forest J. concluded, at p. 603, that these considerations, "though not without weight, should [not] dissuade this Court from adopting what has now become the clearly dominant view in the courts of this country". Nor, in my view, should such practical considerations surreptitiously find their way back into the courts' analysis of a particular tribunal's jurisdiction despite a clear expression of legislative intent to endow it with authority to decide questions of law, including constitutional issues. I now turn to the rules governing this analysis.

Dans l'arrêt *Douglas College*, précité, le juge La Forest a expressément examiné et rejeté plusieurs arguments généraux défavorables à la reconnaissance pour les tribunaux administratifs d'une compétence pour appliquer la *Charte* concomitante à celle qui leur est attribuée pour trancher des questions de droit. Il a souligné que certains auteurs avaient évoqué des considérations pratiques relativement au caractère souhaitable d'une telle fonction juridictionnelle, dont l'absence d'expertise juridique de la part de certains tribunaux administratifs, les différences entre leurs règles de procédure et de preuve et celles des cours de justice, et la nécessité de maintenir leur accessibilité et leur célérité. Le juge La Forest a néanmoins conclu, à la p. 603, que ces considérations, « qui ont pourtant un certain poids, [ne] devraient [pas] dissuader notre Cour d'adopter ce qui est maintenant le courant clairement prédominant chez les tribunaux de notre pays ». À mon sens, les cours de justice ne doivent pas non plus permettre que ces considérations pratiques refassent subrepticement surface dans leur analyse de la compétence d'un tribunal administratif, malgré l'intention manifeste du législateur d'investir ce tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit, y compris des questions de droit constitutionnel. Je vais maintenant examiner les règles applicables à cette analyse.

2. The Applicable Law

In view of the policy considerations outlined above, this Court has adopted a general approach for the determination of whether a particular administrative tribunal or agency can decline to apply a provision of its enabling statute on the ground that the provision violates the *Charter*. This approach rests on the principle that, since administrative tribunals are creatures of Parliament and the legislatures, their jurisdiction must in every case "be found in a statute and must extend not only to the subject matter of the application and the parties, but also to the remedy sought": *Douglas College*, *supra*, at p. 595; see also *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 14-15. When a case brought before an administrative tribunal involves a challenge to the constitutionality of a provision of its enabling statute, the tribunal is asked to interpret the relevant *Charter* right, apply it to the impugned

2. Les règles de droit applicables

À la lumière des considérations de politique générale exposées précédemment, notre Cour a adopté une approche générale pour décider si un tribunal ou organisme administratif peut refuser d'appliquer une disposition de sa loi habilitante pour le motif qu'elle viole la *Charte*. Cette approche repose sur le principe selon lequel, étant donné que les tribunaux administratifs sont des créations du Parlement et des législatures, leur compétence doit toujours « se trouver dans une loi et [. . .] s'étendre non seulement à l'objet du litige et aux parties, mais également à la réparation demandée » (*Douglas College*, précité, p. 595; voir également *Cuddy Chicks*, précité, p. 14-15). Lorsqu'il est saisi d'une affaire où l'on conteste la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante, le tribunal administratif est appelé à interpréter le droit pertinent garanti par la *Charte*, à

provision, and if it finds a breach and concludes that the provision is not saved under s. 1, to disregard the provision on constitutional grounds and rule on the applicant's claim as if the impugned provision were not in force.

34 Since the subject matter and the remedy in such a case are premised on the application of the *Charter*, the question becomes whether the tribunal's mandate includes jurisdiction to rule on the constitutionality of the challenged provision: see *Douglas College*, *supra*, at p. 596; *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 15. This question is answered by applying a presumption, based on the principle of constitutional supremacy outlined above, that all legal decisions will take into account the supreme law of the land. Thus, as a rule, "an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid": *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 13; or, as stated in *Cooper*, *supra*, at para. 46:

> If a tribunal does have the power to consider questions of law, then it follows by the operation of s. 52(1) that it must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute.

While the general principles outlined above have been consistently reaffirmed by this Court and remain sound, their application has been fraught with difficulties, as evidenced by the disagreements that arose in *Cooper*, *supra*. I am of the view that it is now time to reappraise the case law and to provide a single set of rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to consider *Charter* challenges to a legislative provision.

35 In each case, the first question to be addressed is whether the administrative tribunal at issue has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under the challenged provision. While, as stated in the trilogy and *Cooper*, *supra*, this question is one of legislative intent, it is crucial that the relevant intent be clearly defined.

l'appliquer à la disposition contestée et, s'il conclut qu'il y a atteinte et que la disposition n'est pas sauvegardée au regard de l'article premier, à ne pas en tenir compte pour des motifs constitutionnels et à trancher la demande du requérant comme si la disposition n'était pas en vigueur.

Étant donné qu'en pareil cas l'objet du litige et la réparation demandée présupposent l'application de la *Charte*, la question qui se pose alors est de savoir si la mission du tribunal administratif inclut le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition contestée : voir *Douglas College*, précité, p. 596; *Cuddy Chicks*, précité, p. 15. Pour répondre à cette question, on recourt à la présomption, fondée sur le principe de la suprématie de la Constitution exposé plus haut, que toute décision portant sur une question de droit tient compte de la loi suprême du pays. Donc, en règle générale, « le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle » (*Cuddy Chicks*, précité, p. 13), ou comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Cooper*, précité, par. 46 :

> Si un tribunal administratif jouit du pouvoir d'examiner des questions de droit, il s'ensuit, par application du par. 52(1), qu'il peut se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante.

Bien que les principes généraux susmentionnés aient constamment été repris par notre Cour et demeurent valables, leur application a posé des difficultés considérables, comme en font foi nos désaccords dans l'arrêt *Cooper*, précité. J'estime que le moment est venu de réévaluer la jurisprudence et d'établir un seul ensemble de règles concernant la compétence des tribunaux administratifs pour examiner les contestations d'une disposition législative fondées sur la *Charte*.

Dans chaque cas, il faut d'abord se demander si le tribunal administratif en cause a expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Même s'il s'agit là d'une question d'intention du législateur, comme notre Cour l'a affirmé dans la trilogie et dans

The question is not whether Parliament or the legislature intended the tribunal to apply the *Charter*. As has often been pointed out, such an attribution of intent would be artificial, given that many of the relevant enabling provisions pre-date the *Charter*: see, e.g., A. J. Roman, "Case Comment: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*" (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243, at p. 244; D. M. McAllister, "Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance", in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism* (1993), 131, at p. 150. That attribution of intent would also be incompatible with the principle stated above that the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, in my view, to the extent that passages in the trilogy and *Cooper*, *supra*, suggest that the relevant legislative intention to be sought is one that the tribunal apply the *Charter* itself, those passages should be disregarded.

Rather, one must ask whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, then the tribunal will be presumed to have the concomitant jurisdiction to interpret or decide that question in light of the *Charter*, unless the legislator has removed that power from the tribunal. Thus, an administrative tribunal that has the power to decide questions of law arising under a particular legislative provision will be presumed to have the power to determine the constitutional validity of that provision. In other words, the power to decide a question of law is the power to decide by applying only valid laws.

Often the statute will expressly confer on the tribunal jurisdiction to decide certain questions of law. Thus, in *Cuddy Chicks*, *supra*, the Ontario *Labour Relations Act* granted the Labour Relations Board jurisdiction "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it". This

l'arrêt *Cooper*, précité, il est crucial que l'intention pertinente soit clairement définie. Il ne s'agit pas de savoir si le Parlement ou la législature a voulu que le tribunal administratif applique la *Charte*. Comme on l'a souvent fait remarquer, l'attribution d'une telle intention serait artificielle étant donné que bon nombre des dispositions habilitantes pertinentes sont antérieures à la *Charte* : voir, par exemple, A. J. Roman, « Case Comment : *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)* » (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243, p. 244; D. M. McAllister, « Administrative Tribunals and the *Charter* : A Tale of Form Conquering Substance », dans *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism* (1993), 131, p. 150. L'attribution d'une telle intention serait également incompatible avec le principe, énoncé précédemment, selon lequel la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. J'estime donc que, dans la mesure où ils indiquent qu'il faut rechercher l'intention du législateur que le tribunal administratif applique la *Charte* elle-même, il ne faut pas tenir compte des passages de la trilogie et de l'arrêt *Cooper*, précité.

36 Il faut plutôt se demander si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner et de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, le tribunal sera présumé avoir le pouvoir concomitant d'examiner et de trancher cette question à la lumière de la *Charte*, à moins que le législateur lui ait retiré ce pouvoir. Ainsi, le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative particulière sera présumé avoir le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. En d'autres termes, le pouvoir de trancher une question de droit s'entend du pouvoir de la trancher en n'appliquant que des règles de droit valides.

37 Souvent, la loi habilite expressément le tribunal administratif à trancher certaines questions de droit. Ainsi, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario accordait à la Commission des relations de travail le pouvoir de « trancher toutes les questions de fait ou de

provision was held to provide a clear jurisdictional basis for the Labour Relations Board to consider the constitutional validity of a provision of the *Labour Relations Act* excluding agricultural employees from its purview. Yet, while obviously adequate, such a broad grant of jurisdiction is not necessary to confer on an administrative tribunal the power to apply the *Charter*. It suffices that the legislator endow the tribunal with power to decide questions of law arising under the challenged provision, and that the constitutional question relate to that provision.

38 This nuance was sometimes overlooked in the trilogy. Thus, in *Douglas College*, *supra*, La Forest J. held that an arbitration board had jurisdiction to apply the *Charter* to a provision in the collective agreement that the board was empowered to interpret and apply. While that conclusion was certainly correct, courts should use some care in relying on the reasoning used to support it. The British Columbia *Labour Code* provided that the arbitration board had authority to "interpret and apply any Act intended to regulate the employment relationship of the persons bound by a collective agreement". La Forest J. found that the *Charter* was intended to be included within the meaning of the term "Act" in that section. With respect, I believe the better view is that, since the board had undisputed jurisdiction to decide questions of law arising under the collective agreement, and the agreement constituted "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the board could consider the constitutional validity of the agreement's provisions. This conclusion would have been true regardless of whether the *Charter* is truly an "Act intended to regulate the employment relationship of the persons bound by a collective agreement".

39 In other words, the relevant question in each case is not whether the terms of the express grant of jurisdiction are sufficiently broad to encompass the *Charter* itself, but rather whether the express grant

droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise ». La Cour a conclu que cette disposition habilitait clairement la Commission des relations de travail à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur les relations du travail* qui excluait les ouvriers agricoles de son champ d'application. Pourtant, il n'est pas nécessaire — quoiqu'il convienne manifestement de le faire — d'attribuer une compétence aussi large pour qu'un tribunal administratif puisse appliquer la *Charte*. Il suffit que le législateur habilite le tribunal à trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée et que la question de droit constitutionnel soulevée ait trait à cette disposition.

Cette nuance a parfois été passée sous silence dans la trilogie. Ainsi, dans l'arrêt *Douglas College*, précité, le juge La Forest a statué qu'un conseil d'arbitrage avait compétence pour appliquer la *Charte* à une disposition de la convention collective qu'il était habilité à interpréter et à appliquer. Bien que cette conclusion soit certes juste, les tribunaux doivent faire montre de prudence en se fondant sur le raisonnement qui l'étaye. Le *Labour Code* de la Colombie-Britannique prévoyait que le conseil d'arbitrage pouvait [TRADUCTION] « interpréter et appliquer toute loi visant à régir les relations de travail des personnes liées par une convention collective ». Le juge La Forest a conclu que le mot « loi » employé dans cette disposition était censé comprendre la *Charte*. En toute déférence, étant donné que le conseil avait incontestablement le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application de la convention collective et que cette dernière constituait une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je crois qu'il vaut mieux considérer que le conseil pouvait examiner la constitutionnalité des dispositions de la convention collective. Cette conclusion aurait été exacte peu importe la question de savoir si la *Charte* est vraiment une « loi visant à régir les relations de travail des personnes liées par une convention collective ».

Autrement dit, la question qu'il faut se poser dans chaque cas n'est pas de savoir si l'attribution expresse de compétence est formulée dans des termes assez généraux pour englober la *Charte*

of jurisdiction confers upon the tribunal the power to decide questions of law arising under the challenged provision, in which case the tribunal will be presumed to have jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. The *Charter* is not invoked as a separate subject matter; rather, it is a controlling norm in decisions over matters within the tribunal's jurisdiction.

In cases where the empowering legislation contains an express grant of jurisdiction to decide questions of law, there is no need to go beyond the language of the statute. An express grant of authority to consider or decide questions of law arising under a legislative provision is presumed to extend to determining the constitutional validity of that provision.

Absent an explicit grant, it becomes necessary to consider whether the legislator intended to confer upon the tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself, particularly when depriving the tribunal of the power to decide questions of law would impair its capacity to fulfill its intended mandate. As is the case for explicit jurisdiction, if the tribunal is found to have implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision.

elle-même, mais plutôt de savoir si l'attribution expresse de compétence confère au tribunal administratif le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée, auquel cas le tribunal sera présumé avoir compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. La *Charte* n'est pas invoquée séparément; elle représente plutôt une norme déterminante dans les décisions portant sur des questions relevant de la compétence du tribunal administratif.

Lorsque la loi habilitante confère expressément le pouvoir de trancher des questions de droit, l'on peut s'en tenir à son libellé. L'attribution expresse du pouvoir d'examiner ou de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative est présumée conférer également le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. 40

En l'absence d'une attribution expresse de pouvoir, il faut se demander si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Pour déterminer s'il y a attribution implicite de pouvoir, il est nécessaire d'examiner la loi dans son ensemble. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour l'accomplir efficacement, l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif, la question de savoir si ce tribunal est une instance juridictionnelle, ainsi que des considérations pratiques comme la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne peuvent cependant pas l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même, surtout lorsque priver le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit nuirait à sa capacité d'accomplir la mission qui lui a été confiée. Comme dans le cas de la compétence conférée expressément, si on conclut que le tribunal administratif a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé englober celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. 41

42 Once this presumption has been raised, either by an explicit or implicit grant of authority to decide questions of law, the second question that arises is whether it has been rebutted. The burden of establishing this lies on the party who alleges that the administrative body at issue lacks jurisdiction to apply the *Charter*. In general terms, the presumption may only be rebutted by an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations. The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. For instance, an express conferral of jurisdiction to another administrative body to consider *Charter* issues or certain complex questions of law deemed too difficult or time-consuming for the initial decision maker, along with a procedure allowing such issues to be efficiently redirected to such body, could give rise to a clear implication that the initial decision maker was not intended to decide constitutional questions.

43 As La Forest J. stated in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 33, "the power to interpret law is not one which the legislature has conferred lightly upon administrative tribunals". When a legislature chooses to do so, whether explicitly or by implication, the courts must assume that the administrative body at issue was intended to be an appropriate forum for the resolution of complex legal issues, including the interpretation and application of the *Charter*. Thus, while, as noted above, considerations concerning an administrative body's practical capacity to address such issues may be relevant in determining the scope of a tribunal's implicit authority to decide questions of law, they generally will not suffice on their own to rebut the presumption that arises from such authority, whether explicit or implied, once that presumption has been found to

Dès que cette présomption naît, que ce soit en raison d'une attribution expresse ou d'une attribution implicite du pouvoir de trancher des questions de droit, il faut se demander si elle est réfutée. L'obligation de réfuter cette présomption incombe à la partie qui allègue que l'organisme administratif en cause n'a pas compétence pour appliquer la *Charte*. En général, la présomption ne peut être réfutée que par le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. Il faut se demander si l'examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause. Par exemple, l'attribution expresse à un autre organisme administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la *Charte* ou certaines questions de droit complexes que le décideur initial aurait, considérerait-on, trop de mal à trancher ou auxquelles il devrait consacrer trop de temps, de concert avec l'existence d'une procédure efficace de renvoi de ces questions à un tel organisme, pourrait impliquer clairement qu'on n'a pas voulu que le décideur initial tranche des questions de droit constitutionnel.

Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 33, « le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs ». Lorsque le législateur décide de conférer expressément ou implicitement ce pouvoir, les tribunaux judiciaires doivent présumer qu'il a voulu que l'organisme administratif en question soit compétent pour trancher des questions de droit complexes, y compris celles relatives à l'interprétation et à l'application de la *Charte*. Par conséquent, quoique, comme nous l'avons vu, des considérations relatives à la capacité concrète de l'organisme administratif d'examiner de telles questions puissent être pertinentes pour déterminer l'étendue de son pouvoir implicite de trancher des questions de droit, ces considérations ne sont

apply. In my view, lower court cases which suggest otherwise, such as *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392 (T.D.), rev'd on other grounds, [2001] 3 F.C. 481 (C.A.), and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315, as well as the Court of Appeal's decision in the present case, are erroneous in this respect.

généralement pas suffisantes à elles seules pour réfuter la présomption découlant de l'attribution expresse ou implicite d'un tel pouvoir, une fois qu'il a été jugé que cette présomption s'applique. Je trouve erronés à cet égard les jugements de tribunaux d'instance inférieure qui indiquent le contraire, tels *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392 (1re inst.), inf. pour d'autres motifs, [2001] 3 C.F. 481 (C.A.), *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. nº 1763 (QL), ainsi que la décision de la Cour d'appel en l'espèce.

I refrain, however, from expressing any opinion as to the constitutionality of a provision that would place procedural barriers in the way of claimants seeking to assert their rights in a timely and effective manner, for instance by removing *Charter* jurisdiction from a tribunal without providing an effective alternative administrative route for *Charter* claims.

44 Cependant, je m'abstiens de me prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui, sur le plan procédural, ferait obstacle au demandeur qui cherche à faire valoir promptement et efficacement ses droits, en retirant notamment à un tribunal administratif la compétence pour trancher des questions relatives à la *Charte*, sans prévoir aucune autre procédure administrative efficace de règlement des demandes fondées sur la *Charte*.

In applying the approach set out above, there is in my view no need to draw any distinction between "general" and "limited" questions of law, as was admittedly done in *Cooper*, *supra*. An administrative body will normally either have or not have the power to decide questions of law. As stated above, administrative bodies that do have that power may presumptively go beyond the bounds of their enabling statute and decide issues of common law or statutory interpretation that arise in the course of a case properly before them, subject to judicial review on the appropriate standard: see, e.g., *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157. Absent a clear expression or implication of contrary intent, such administrative bodies will also have jurisdiction to subject the statutory provisions over which they have jurisdiction to *Charter* scrutiny, while those tribunals without power to decide questions of law will not.

45 Pour appliquer l'approche énoncée plus haut, il n'est pas nécessaire, selon moi, d'établir une distinction entre les questions de droit « générales » et les questions de droit « limitées », comme l'a certes fait notre Cour dans l'arrêt *Cooper*, précité. Normalement, un organisme administratif a ou n'a pas le pouvoir de trancher des questions de droit. Je le répète, on présume que l'organisme administratif investi de ce pouvoir peut déborder le cadre de sa loi habilitante et, sous réserve d'un contrôle judiciaire selon la norme applicable, trancher les questions de droit commun ou d'interprétation législative soulevées dans une instance dont il est dûment saisi : voir, par exemple, *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157. À moins que l'intention contraire soit exprimée ou ressorte clairement, un tel organisme administratif est également compétent pour soumettre à un examen fondé sur la *Charte* les dispositions qu'il est habilité à appliquer, tandis que l'organisme administratif non habilité à trancher des questions de droit ne peut pas le faire.

46 In *Cooper*, *supra*, this Court considered the jurisdiction of the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to consider the validity of s. 15(*c*) of the *Canadian Human Rights Act* under s. 15(1) of the *Charter*. The challenged section provided that no discrimination occurred when persons were forced to retire at the normal age for employees working in similar positions in the same industry. La Forest J. first noted the absence of any explicit grant of jurisdiction to consider questions of law, which raised the need to determine whether such jurisdiction was implied. Turning to an examination of the statutory scheme under the *Canadian Human Rights Act*, he concluded that Parliament did not intend the Commission to decide questions of law arising under s. 15(*c*), but rather to serve as a screening mechanism for a tribunal endowed with broader jurisdiction to decide such questions as well as with greater capacity to do so. In those specific circumstances, he concluded that a series of well-circumscribed provisions allowing the Commission to consider other questions of law necessary to the exercise of its limited statutory functions as a screening body could not endow it with such power.

47 In my view, the result reached in *Cooper* could have been reached under the current restated rules, given La Forest J.'s finding that the Commission had no authority, either explicit or implicit, to decide questions of law arising under s. 15(*c*) of the *Canadian Human Rights Act*. It is thus unnecessary at this time to revisit the holding in that case. To the extent that it is incompatible with the present reasons, however, I am of the view that the *ratio* of the majority judgment in *Cooper* is no longer good law. This is particularly true insofar as it implies that the distinction between general and limited questions of law is generally relevant to the analysis of an administrative tribunal's jurisdiction to apply the *Charter*, or that the adjudicative nature of the administrative body is a necessary (or even preponderant) factor in the search for implicit jurisdiction. Likewise, the views expressed by Lamer C.J. in his concurrence

Dans l'arrêt *Cooper*, précité, notre Cour a examiné la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne ou d'un tribunal qu'elle constitue pour se prononcer sur la validité de l'al. 15*c*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au regard du par. 15(1) de la *Charte*. La disposition contestée prévoyait qu'il n'était pas discriminatoire de contraindre une personne à prendre sa retraite à l'âge normal fixé pour les employés occupant des postes semblables dans le même secteur d'activité. Le juge La Forest a d'abord souligné que, vu l'absence d'attribution expresse du pouvoir d'examiner des questions de droit, il était nécessaire de déterminer si ce pouvoir était implicite. Après avoir étudié le régime établi par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il a conclu que le législateur avait voulu non pas que la commission tranche les questions de droit découlant de l'application de l'al. 15*c*), mais plutôt qu'elle serve de mécanisme de filtrage à un tribunal ayant une compétence générale pour trancher de telles questions et plus apte à le faire. Dans ces circonstances particulières, il a décidé qu'une série de dispositions bien circonscrites autorisant la commission à examiner d'autres questions de droit, dans la mesure nécessaire à l'exercice de ses fonctions légales limitées d'organisme de filtrage, ne pouvait pas l'investir d'un tel pouvoir.

À mon avis, les nouvelles règles actuellement en vigueur auraient permis d'arriver au même résultat que dans l'arrêt *Cooper*, compte tenu de la conclusion du juge La Forest que la commission n'avait aucun pouvoir exprès ou implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de l'al. 15*c*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il est donc inutile, pour le moment, de revoir la décision rendue dans cette affaire. J'estime cependant que, dans la mesure où il est incompatible avec les présents motifs, le raisonnement des juges majoritaires dans l'arrêt *Cooper* n'est plus valable. Cela est particulièrement vrai dans la mesure où il laisse entendre que la distinction entre les questions de droit générales et les questions de droit limitées est généralement utile pour analyser le pouvoir d'un tribunal administratif d'appliquer la *Charte*, ou que la nature juridictionnelle de l'organisme administratif est un facteur nécessaire (voire prépondérant) dans

are at odds with the current approach and should not be relied on.

The current, restated approach to the jurisdiction of administrative tribunals to subject legislative provisions to *Charter* scrutiny can be summarized as follows: (1) The first question is whether the administrative tribunal has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under the challenged provision. (2)(a) Explicit jurisdiction must be found in the terms of the statutory grant of authority. (b) Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself. (3) If the tribunal is found to have jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the *Charter*. (4) The party alleging that the tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter* may rebut the presumption by (a) pointing to an explicit withdrawal of authority to consider the *Charter*; or (b) convincing the court that an examination of the statutory scheme clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter* (or a category of questions that would include the *Charter*, such as constitutional questions generally) from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. Such an implication should generally arise from the statute itself, rather than from external considerations.

la recherche d'un pouvoir implicite. De même, les opinions exprimées par le juge en chef Lamer dans ses motifs concourants vont à l'encontre de l'approche actuelle et ne sauraient être invoquées.

48

La nouvelle approche actuelle en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal administratif de soumettre des dispositions législatives à un examen fondé sur la *Charte* peut se résumer ainsi : (1) La première question est de savoir si le tribunal administratif a expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. (2)a) La compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante. b) La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. (3) S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé inclure celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la *Charte*. (4) La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la *Charte* peut réfuter la présomption a) en signalant que le pouvoir d'examiner la *Charte* a été retiré expressément, ou b) en convainquant la cour qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la *Charte* (ou une catégorie de questions incluant celles relatives à la *Charte*, telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. En général, une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes.

3. Application to the Facts

49 In the case at bar, the jurisdiction of the Board is primarily determined by s. 185(1) of the Act. That provision states that "[s]ubject to the rights of appeal provided in this Act, the Board has exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part." The right of appeal contemplated by this section is to the Appeals Tribunal, which under s. 243 and s. 252(1) "may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer". It follows, then, that s. 185(1) also confers upon the Appeals Tribunal jurisdiction to "determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part". This provision is, of course, almost identical to the one considered by this Court in *Cuddy Chicks*. In addition, s. 256(1) allows for an appeal from the Appeals Tribunal to the Nova Scotia Court of Appeal "on any question of law", which suggests that the Appeals Tribunal may deal initially with such questions.

50 Section 10B is found in Part I of the Act, and the FRP Regulations were adopted under that Part. Thus, it is clear that the Act confers upon the Appeals Tribunal explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions.

51 Given this conclusion, it is not strictly necessary to consider other aspects of the statutory scheme or the practical considerations raised by the respondents. Nevertheless, since much of the parties' submissions relate to considerations of this nature, and since I believe that an examination of the statutory scheme as a whole supports the conclusion that the legislature intended the Appeals Tribunal to decide questions of law, I will discuss this question briefly. I repeat, however, that the explicit jurisdiction to determine questions of law would alone have been determinative.

52 First, and most importantly, there can be no doubt that the power to decide questions of law arising

3. Application aux faits

En l'espèce, la compétence de la commission est essentiellement définie par le par. 185(1) de la Loi. Celui-ci prévoit que [TRADUCTION] «[s]ous réserve des droits d'appel prévus dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie. » Le droit d'appel prévu à ce paragraphe est celui d'interjeter appel devant le tribunal d'appel qui, aux termes de l'art. 243 et du par. 252(1), [TRADUCTION] « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d'un agent enquêteur ». Il s'ensuit donc que le par. 185(1) confère également au tribunal d'appel le pouvoir de [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie ». Cette disposition est évidemment presque identique à celle examinée par notre Cour dans l'arrêt *Cuddy Chicks*. En outre, le par. 256(1) permet d'interjeter appel [TRADUCTION] « sur une question de droit », devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, d'une décision du tribunal d'appel, ce qui laisse entendre que ce dernier peut, au départ, examiner de telles questions.

L'article 10B figure à la partie I de la Loi, et le Règlement a été pris en vertu de cette partie. Il est donc clair que la Loi confère au tribunal d'appel le pouvoir explicite de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées.

Vu cette conclusion, il n'est absolument pas nécessaire d'étudier les autres aspects du régime établi par la Loi ou les considérations pratiques invoquées par les intimés. Néanmoins, je vais analyser brièvement cette question étant donné qu'une bonne partie de l'argumentation des parties porte sur de telles considérations et que j'estime que l'examen de l'ensemble du régime établi par la Loi étaye la conclusion que le législateur a voulu que le tribunal d'appel puisse trancher des questions de droit. Je rappelle, toutefois, qu'à lui seul le pouvoir explicite de trancher des questions de droit aurait été déterminant.

Premièrement — ce qui est le plus important —, il n'y a pas de doute que le pouvoir de trancher les

under the Act is necessary in order for the Appeals Tribunal effectively to fulfill its mandate. Any conclusion to the contrary would contradict the legislature's clear intent to create a comprehensive scheme for resolving workers' compensation disputes, notably by barring access to the courts in cases covered by the Act: see *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at paras. 23-29. Moreover, the Appeals Tribunal's implied jurisdiction clearly extends even beyond the Act itself, to other questions of statutory interpretation or common law raised in the course of a dispute arising from the operation of the workers' compensation scheme. This conclusion is supported by the common law presumption, alluded to above, that administrative tribunals can interpret laws other than their enabling statute when necessary to resolve a case over which they otherwise have jurisdiction, subject to judicial review. It is also consistent with the practice of the Appeals Tribunal, which regularly decides questions of law involving the interpretation of common law principles and statutes other than the Act. These questions include the law of contracts, evidence, causation, employment, corporate relationships, conflicts of law, administration of foreign workers' compensation schemes, and motor vehicles, to name but a few. Denying the Appeals Tribunal the authority to decide such questions would seriously impede its work and threaten the access by injured workers to a forum capable of deciding all aspects of their case.

Second, the Appeals Tribunal is fully adjudicative in nature. It is independent of the Board and is placed under the supervision of the Minister of Justice, whereas the Board is supervised by the Minister of Labour. The Appeals Tribunal establishes its own rules of procedure (s. 240(1)), can consider all relevant evidence (s. 246(1)), and records any oral evidence for future reference

questions de droit découlant de l'application de la Loi est nécessaire à l'accomplissement efficace de la mission du tribunal d'appel. Toute conclusion contraire irait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur d'établir un régime complet de règlement des différends relatifs à l'indemnisation des accidentés du travail en interdisant, notamment, l'accès aux tribunaux judiciaires dans les cas visés par la Loi : voir *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 23-29. De plus, il est évident qu'en vertu de sa compétence implicite le tribunal d'appel peut même déborder le cadre de la loi habilitante et trancher d'autres questions d'interprétation législative ou de droit commun soulevées par un différend relatif à l'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail. Cette conclusion est étayée par la présomption de droit commun — à laquelle j'ai fait allusion précédemment — selon laquelle un tribunal administratif peut, sous réserve d'un contrôle judiciaire, interpréter d'autres lois que sa loi habilitante lorsque cela est nécessaire pour régler une affaire qui relève par ailleurs de sa compétence. Elle est également conforme à la pratique du tribunal d'appel, qui tranche régulièrement des questions de droit requérant une interprétation des principes de droit commun et d'autres textes législatifs que la Loi. Celui-ci est notamment appelé à trancher des questions dans les domaines du droit des contrats, de la preuve, du lien de causalité, de l'emploi, des rapports entre entreprises, du droit international privé et de l'administration des régimes étrangers d'indemnisation des accidentés du travail, ainsi que dans celui des véhicules automobiles, pour n'en nommer que quelques-uns. Refuser au tribunal d'appel le pouvoir de trancher de telles questions nuirait gravement à son travail et compromettrait l'accès des accidentés du travail à un tribunal capable de se prononcer sur tous les aspects de leurs demandes.

53

Deuxièmement, le tribunal d'appel est une instance entièrement juridictionnelle. Il est indépendant de la commission et relève du ministre de la Justice, alors que la commission relève du ministre du Travail. Il établit ses propres règles de procédure (par. 240(1)), il peut examiner tous les éléments de preuve pertinents (par. 246(1)) et il enregistre tous les témoignages, pour consultation future

(s. 253(1)). Its members have the powers, privileges and immunities of a commissioner appointed under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372 (s. 178(1)), including the power to summon witnesses, compel testimony, require production of documents, and punish persons guilty of contempt; they also have certain powers of entry (s. 180). Although the Appeals Tribunal is normally required to render its decision within 60 days of the hearing, or if there is no hearing, of the day on which all submissions have been received (s. 246(3)), it may "at any time, extend any time limit prescribed by this Part or the regulations where, in the opinion of the Appeals Tribunal, an injustice would otherwise result" (s. 240(2)). This extension power allows it to give proper consideration to the more intricate issues raised by a *Charter* appeal, as was done in this case. While only the Chief Appeal Commissioner is required to be a practising lawyer (s. 238(5)), in reality all appeal commissioners have been admitted to the bar. Moreover, this Court has recognized that non-lawyers sitting on specialized tribunals can make important contributions to *Charter* adjudication: *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 16-17. In my view, there is no reason to doubt that the Appeals Tribunal is an adjudicative body fully capable of deciding *Charter* issues, as demonstrated by its competent reasons on the s. 15(1) issue in the case at bar.

54 I hasten to add, however, that while the presence of an adjudicative process is an important factor in finding an implied power to decide questions of law, its absence would not by itself be determinative. An examination of the statutory scheme as a whole may lead to the conclusion that the legislature intended a non-adjudicative body to consider and decide questions of law.

55 Third, under the *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, and under s. 245(1)(d) of the Act, the Attorney General may be provided with an opportunity to intervene in any proceedings involving a constitutional question, as was done in this

(par. 253(1)). Ses membres ont les mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu'un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372 (par. 178(1)), y compris le pouvoir d'assigner des témoins, de contraindre des personnes à témoigner, d'exiger la production de documents et de punir les personnes coupables d'outrage; ils possèdent également certains pouvoirs d'entrer dans des lieux (art. 180). Bien que le tribunal d'appel doive normalement rendre sa décision dans les 60 jours de l'audition ou, en l'absence d'audition, de la date à laquelle toute l'argumentation a été reçue (par. 246(3)), il peut [TRADUCTION] « en tout temps, proroger tout délai prévu par la présente partie ou par le règlement, s'il est d'avis qu'il y aura une injustice s'il ne le fait pas » (par. 240(2)). Ce pouvoir de prorogation lui permet de bien examiner les questions plus complexes que soulève un appel fondé sur la *Charte*, comme cela a été fait en l'espèce. Bien que seul le commissaire d'appel en chef soit tenu d'être un avocat en exercice (par. 238(5)), en réalité, tous les commissaires du tribunal d'appel sont membres du barreau. De plus, notre Cour a reconnu que les membres d'un tribunal spécialisé qui ne sont pas des avocats peuvent contribuer de façon importante au règlement de questions relatives à la *Charte* : *Cuddy Chicks*, précité, p. 16-17. Rien ne permet de douter, selon moi, que le tribunal d'appel est une instance juridictionnelle parfaitement capable de trancher des questions relatives à la *Charte*, comme en témoignent, en l'espèce, ses motifs judicieux concernant la question du par. 15(1).

Cependant, je m'empresse d'ajouter que, même si l'existence d'un processus juridictionnel est importante pour conclure à celle d'un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, l'absence d'un tel processus ne serait pas déterminante en soi. L'examen de l'ensemble du régime établi par la loi peut mener à la conclusion que le législateur a voulu qu'un organisme non juridictionnel examine et tranche des questions de droit.

Troisièmement, aux termes de la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 89, et de l'al. 245(1)d) de la Loi, le procureur général peut, comme en l'espèce, avoir la possibilité d'intervenir dans une instance où une question de droit constitutionnel est

case. Such interventions diminish the relative disadvantage of administrative tribunals as compared to courts by relieving private parties or administrative agencies from the burden of defending the validity of legislation: see *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 17-18.

Finally, the Court of Appeal was wrong to take into consideration the backlog of cases that had accumulated at the Appeals Tribunal prior to the 1999 amendments. Practical considerations of this nature, while they may in certain circumstances be helpful to confirm the legislature's intent, are of little weight when faced with clear legislative intent, arising from the statutory scheme as a whole, to confer upon an administrative body the power to consider and decide questions of law. Such considerations "can never supplant the intention of the legislature" (*Cooper*, *supra*, at para. 47). Moreover, as the Appeals Tribunal itself argues in its submissions, the backlog has since been completely eliminated. Counsel for the Appeals Tribunal informed us at the hearing that *Charter* challenges were not the cause of the backlog and would not significantly increase its workload or cause undue delay. Since the Appeals Tribunal itself does not believe that deciding *Charter* cases would aggravate matters, and in the absence of other evidence, I fail to see on what basis the Court of Appeal could have reached such a conclusion. In contrast, allowing the Appeals Tribunal to apply the *Charter* clearly furthers the policy objectives outlined in the trilogy. It allows courts to benefit from a full record established by a specialized tribunal fully apprised of the policy and practical issues relevant to the *Charter* claim, and permits workers to have their *Charter* rights recognized within the relatively fast and inexpensive adjudicative scheme created by the Act, rather than having to take separate proceedings in the courts in addition to their compensation claim before the administrative tribunal.

These aspects of the legislative scheme all militate in favour of allowing the Appeals Tribunal to

soulevée. Pareille intervention réduit le désavantage relatif que présentent les tribunaux administratifs comparativement aux cours de justice, en soulageant les particuliers ou les organismes administratifs du fardeau de défendre la validité de la loi attaquée : voir *Cuddy Chicks*, précité, p. 17-18.

56 Enfin, la Cour d'appel a eu tort de prendre en considération l'arriéré de dossiers avec lequel le tribunal d'appel était aux prises avant les modifications de 1999. Même si, dans certains cas, elles peuvent se révéler utiles pour confirmer l'intention du législateur, les considérations pratiques de ce genre ont peu d'importance lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble du régime établi par la loi que le législateur a voulu conférer à un organisme administratif le pouvoir d'examiner et de trancher des questions de droit. Ces considérations « ne [peuvent] jamais prendre le pas sur l'intention du législateur » (*Cooper*, précité, par. 47). En outre, comme le tribunal d'appel lui-même le fait valoir dans ses observations, l'arriéré a depuis lors été complètement éliminé. À l'audience, l'avocat du tribunal d'appel nous a signalé que les contestations fondées sur la *Charte* n'ont pas causé l'arriéré de ce tribunal et n'augmenteraient pas de façon importante sa charge de travail ni ne causeraient des retards excessifs. Étant donné que le tribunal d'appel lui-même ne croit pas que trancher des questions relatives à la *Charte* aggraverait la situation, et compte tenu de l'absence d'autres éléments de preuve, je ne vois pas comment la Cour d'appel pouvait arriver à une telle conclusion. Par contre, autoriser le tribunal d'appel à appliquer la *Charte* favorise clairement la réalisation des objectifs de politique générale exposés dans la trilogie. Les cours de justice peuvent ainsi bénéficier d'un dossier complet constitué par un tribunal spécialisé bien au fait des questions de politique générale et d'ordre pratique que soulève la demande fondée sur la *Charte*, et les travailleurs peuvent faire reconnaître les droits que leur garantit la *Charte* dans le cadre du régime juridictionnel relativement rapide et peu coûteux établi par la Loi, au lieu d'avoir à assortir de procédures judiciaires distinctes leur demande d'indemnisation déposée devant le tribunal administratif.

57 Ces aspects du régime établi par la Loi militent tous en faveur de l'attribution au tribunal d'appel

apply the *Charter*, in conformity with the legislature's intent to create a comprehensive scheme for the treatment of workers' compensation claims and related disputes. Thus, even if there had been no express provision endowing the Appeals Tribunal to consider and decide questions of law arising under the Act, I would have found that it had implied jurisdiction to do so. I have already noted that, in assessing implied jurisdiction, the adjudicative or non-adjudicative character of a tribunal is not dispositive. Given the rich variety of administrative schemes and enabling statutes, I would not wish to suggest either that the other factors present in this case are individually or collectively essential to finding implied jurisdiction to decide questions of law. The question is, in each case, to be decided by looking at the relevant statutory scheme as a whole.

58 The Appeals Tribunal's jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. Is this presumption rebutted by other provisions of the Act?

59 The respondents argue that the authority conferred upon the Chair of the Board to direct certain issues from the Appeals Tribunal to the Board of Directors is incompatible with the idea that the Appeals Tribunal was itself intended by the legislature to decide *Charter* questions. Surely, it is said, the legislature cannot have intended that *Charter* issues be postponed to a policy-making executive body with no special expertise or powers of ultimate disposition of the issue. I disagree with this description of the procedure allowed by the Act. Section 248(1) provides that the Chair may postpone or adjourn an appeal before the Appeals Tribunal when he or she is of the opinion that the appeal raises "an issue of law and general policy that should be reviewed by the Board of Directors pursuant to Section 183". It is s. 183 that grants the Board of Directors authority to adopt policies. Pursuant to s. 202(a), an adjournment to the Board of Directors lasts no longer than

du pouvoir d'appliquer la *Charte*, conformément à l'intention du législateur d'établir un système complet de traitement des demandes d'indemnisation des accidentés du travail et des différends connexes. Donc, même s'il n'y avait eu aucune disposition autorisant expressément le tribunal d'appel à examiner et à trancher les questions de droit découlant de l'application de la Loi, j'aurais conclu qu'il avait la compétence implicite pour le faire. J'ai déjà souligné que le caractère juridictionnel ou non juridictionnel d'un tribunal n'est pas déterminant lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'un pouvoir implicite. Compte tenu de la grande diversité de régimes administratifs et de lois habilitantes, je ne voudrais pas non plus laisser entendre que les autres facteurs présents en l'espèce sont, individuellement ou collectivement, essentiels pour conclure à l'existence d'un pouvoir implicite de trancher des questions de droit. Pour trancher la question, il faut, dans chaque cas, examiner l'ensemble du régime pertinent établi par la loi.

Le pouvoir du tribunal d'appel de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées est présumé englober celui d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption est-elle réfutée par d'autres dispositions de la Loi?

Les intimés soutiennent que le pouvoir du président de la commission de demander au conseil d'administration d'examiner certaines questions dont est saisi le tribunal d'appel est incompatible avec l'idée que le législateur a voulu que ce soit le tribunal d'appel qui tranche lui-même les questions relatives à la *Charte*. Selon eux, le législateur ne peut sûrement pas avoir voulu que des questions relatives à la *Charte* soient renvoyées à un organe exécutif chargé d'établir des politiques qui ne possède aucune expertise particulière ni aucun pouvoir de trancher la question en dernier ressort. Je ne suis pas d'accord avec cette description de la procédure autorisée par la Loi. Le paragraphe 248(1) prévoit que le président peut reporter ou ajourner l'appel interjeté devant le tribunal d'appel lorsqu'il est d'avis que cet appel soulève [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale qui doit être examinée par le conseil d'administration conformément à

three months or, "where the Board determines that exceptional circumstances exist", twelve months. If the Board of Directors issues a policy with respect to the issue raised in the appeal or notifies the hearing officer that it will not issue a policy, the postponement also comes to an end. Section 248(3) provides that "where the Chair postpones or adjourns a hearing pursuant to subsection (1), the Chief Appeal Commissioner shall ensure that the final disposition of the appeal is left solely to the independent judgement of the Appeals Tribunal".

In my view, these provisions do no more than allow the Board of Directors to respond to the issues of law and general policy raised by an appeal by adopting a policy on the matter, enabling the Workers' Compensation Board to deal consistently with future similar cases on a principled basis. As s. 248(3) attests, this does not mean that the Board of Directors is entitled to take over an appeal raising a *Charter* issue and decide the issue itself. Rather, at most, the Board of Directors can suspend the appeal for up to twelve months in order to adopt a policy that properly responds to the general issues raised. For instance, the Board of Directors may recognize that one of its policies is inconsistent with the *Charter* or the Act and reformulate that policy, rather than litigating the *Charter* issue further. If the Board of Directors declines to do so, or if the policy as reformulated remains inconsistent with the *Charter* or the Act, the Appeals Tribunal will have the authority to refuse to apply that policy when the appeal is resumed. This is the effect of s. 183(5A), which provides that "a policy adopted by the Board is only binding on the Appeals Tribunal where the policy is consistent with this Part or the regulations". In addition, as the Appeals Tribunal correctly pointed out, even taking into consideration the additional delay that may be imposed by the Chair, the cost and length of an appeal before the

l'article 183 ». C'est l'art. 183 qui confère au conseil d'administration le pouvoir d'adopter des politiques. Suivant l'al. 202a), l'ajournement destiné à saisir le conseil d'administration d'une question de droit et de politique générale ne doit pas excéder trois mois, ou encore 12 mois [TRADUCTION] « si le conseil d'administration décide qu'il existe des circonstances exceptionnelles ». Le report prend fin dès que le conseil d'administration établit une politique relative à la question soulevée dans l'appel ou qu'il avise l'agent enquêteur de son intention de n'en établir aucune. Le paragraphe 248(3) prévoit que [TRADUCTION] « lorsque le président reporte ou ajourne une audition conformément au paragraphe (1), le commissaire en chef du tribunal d'appel veille à ce que l'on s'en remette uniquement au jugement indépendant du tribunal d'appel en ce qui concerne le règlement définitif de l'appel ».

60 À mon sens, ces dispositions habilitent tout au plus le conseil d'administration à répondre aux questions de droit et de politique générale soulevées par un appel en adoptant, à cet égard, une politique qui permettra à la Workers' Compensation Board de traiter les futurs dossiers similaires d'une manière uniforme et fondée sur des principes. Comme en fait foi le par. 248(3), cela ne signifie pas que le conseil d'administration peut se saisir d'un appel soulevant une question relative à la *Charte* et trancher lui-même la question. Au contraire, il peut tout au plus suspendre l'appel pour une durée maximale de 12 mois afin d'adopter une politique répondant correctement aux questions générales soulevées. Par exemple, le conseil d'administration peut reconnaître que l'une de ses politiques est incompatible avec la *Charte* ou avec la Loi et la reformuler au lieu de débattre davantage la question relative à la *Charte*. Si le conseil d'administration refuse de le faire ou si la politique reformulée demeure incompatible avec la *Charte* ou avec la Loi, le tribunal d'appel peut, à la reprise de l'audition, refuser d'appliquer cette politique. Tel est l'effet du par. 183(5A) qui prévoit qu'[TRADUCTION] « une politique adoptée par le conseil d'administration ne lie le tribunal d'appel que si elle est compatible avec la présente partie ou avec le règlement ». En outre, comme le tribunal d'appel l'a fait remarquer à juste titre, même compte tenu du délai supplémentaire susceptible

Appeals Tribunal would still compare favourably to those of a *Charter* challenge before the courts.

61 Consequently, nothing in the Act produces the kind of clear implication capable of rebutting the presumption that the Appeals Tribunal may consider the constitutionality of the Act that it is called upon to interpret and apply. The Appeals Tribunal could properly consider and decide the *Charter* issue raised in this case because it could properly consider and decide questions of law.

4. The Relationship Between the *Charter* Jurisdictions of the Board and the Appeals Tribunal

62 The reasons outlined in the previous section establish that, even if s. 185(1) of the Act had not provided the Appeals Tribunal with explicit authority to decide questions of law, an examination of the statutory scheme set out by the Act would lead to the conclusion that it has implied authority to do so. The determinative explicit conferral of jurisdiction in this case raises one last question. Section 185(1) of the Act defines the jurisdiction of both the Board and the Appeals Tribunal. Therefore, our holding that this section confers explicit jurisdiction upon the Appeals Tribunal to decide questions of law, including *Charter* issues, appears to lead to the conclusion that such jurisdiction is also vested in the Board, despite the considerably different characteristics of its claims adjudication process. In particular, I note a distinction between the Appeals Tribunal and the Board. In its submissions, the Appeals Tribunal argued confidently for its ability to apply the *Charter*. In contrast, the Board itself argues that it does not possess the resources or expertise to deal with numerous *Charter* cases, and that doing so would compromise its efficiency and timeliness in handling vast numbers of compensation cases.

d'être imposé par le président, le coût et la longueur d'un appel devant le tribunal d'appel se comparent toujours avantageusement à ceux d'une contestation en justice fondée sur la *Charte*.

Par conséquent, il ne se dégage de la Loi aucun élément clairement susceptible de réfuter la présomption selon laquelle le tribunal d'appel peut examiner la constitutionnalité de la Loi qu'il est appelé à interpréter et à appliquer. Le tribunal d'appel était donc compétent pour examiner et trancher la question relative à la *Charte* soulevée en l'espèce, étant donné qu'il avait compétence pour examiner et trancher des questions de droit.

4. Le lien entre la compétence de la commission et celle du tribunal d'appel en matière de *Charte*

Les motifs exposés dans la partie précédente démontrent que, même si le par. 185(1) de la Loi n'avait pas expressément conféré au tribunal d'appel le pouvoir de trancher des questions de droit, l'examen du régime établi par la Loi mènerait à la conclusion que le tribunal d'appel a implicitement le pouvoir de le faire. L'attribution expresse de compétence qui est déterminante en l'espèce soulève une dernière question. Le paragraphe 185(1) de la Loi définit à la fois la compétence de la commission et celle du tribunal d'appel. En conséquence, notre décision selon laquelle cette disposition confère expressément au tribunal d'appel le pouvoir de trancher des questions de droit, y compris des questions relatives à la *Charte*, semble mener à la conclusion que ce pouvoir est également accordé à la commission, en dépit des caractéristiques très différentes de son processus juridictionnel applicable aux demandes. Je relève, en particulier, une différence entre le tribunal d'appel et la commission. Dans son argumentation, le tribunal d'appel assure qu'il a la capacité d'appliquer la *Charte*. Par contre, la commission elle-même soutient qu'elle n'a ni les ressources ni l'expertise nécessaires pour traiter maintes contestations fondées sur la *Charte* et que, si elle le faisait, son efficacité et sa capacité de traiter promptement un grand nombre de demandes d'indemnisation s'en ressentiraient.

Of course, as a matter of statutory interpretation, the Board's own view is not determinative of its jurisdiction. As La Forest J. noted in *Cuddy Chicks*, referring to the Ontario Labour Relations Board (at p. 18):

> At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(*b*) of the *Labour Relations Act*. [Emphasis added.]

Likewise, in the present appeals, the Act clearly contemplates that the Board will decide questions of law. Practical considerations cannot override the clear expression of legislative intent in s. 185(1). The legislature also seems to have contemplated, however, that it may be preferable, as a matter of administrative convenience, to refer *Charter* questions raised before the Board to the Appeals Tribunal or to the courts. Thus, s. 199(1)(b) provides that when a hearing officer "is of the opinion . . . that an appeal raises important or novel questions or issues of general significance that should be decided by the Appeals Tribunal pursuant to Part II, ... the hearing officer shall postpone or adjourn the appeal and refer the appeal to the Chair". The Chair may then, under s. 199(2)(b) and (c), refer the appeal to the Appeals Tribunal or return it to the hearing officer. Likewise, under s. 200(1)(b), when an appeal before a hearing officer raises such questions, the Chair "may postpone or adjourn the appeal and direct that the appeal be . . . heard and decided by the Appeals Tribunal".

Under these provisions, it seems to be entirely within the Board's discretion to refer complex *Charter* cases to the Appeals Tribunal, either on a case-by-case basis or as a matter of policy. As noted above, since an administrative process which avoids parallel proceedings in the courts is preserved, I believe that the Board would not infringe its duty to consider the constitutionality of the Act by referring such cases to the Appeals Tribunal: see generally

Évidemment, sur le plan de l'interprétation législative, la conception que la commission a elle-même de sa compétence n'est pas déterminante. Comme l'a fait observer le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, p. 18, au sujet de la Commission des relations de travail de l'Ontario : 63

> En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail*. [Je souligne.]

De même, dans les présents pourvois, la Loi prévoit clairement que la commission tranchera des questions de droit. Des considérations pratiques ne sauraient l'emporter sur l'intention clairement exprimée par le législateur au par. 185(1). Cependant, le législateur semble également avoir prévu qu'il peut être préférable, pour des raisons de commodité administrative, de renvoyer au tribunal d'appel ou à une cour de justice les questions relatives à la *Charte* soulevées devant la commission. Ainsi, l'al. 199(1)b) prévoit que, lorsqu'il [TRADUCTION] « est d'avis [. . .] qu'un appel soulève des questions importantes ou nouvelles ou des questions de portée générale devant être tranchées par le tribunal d'appel conformément à la partie II, [. . .] l'agent enquêteur reporte ou ajourne l'appel et le renvoie au président ». Ce dernier peut alors, en vertu des al. 199(2)b) et c), renvoyer l'appel au tribunal d'appel ou en ressaisir l'agent enquêteur. De même, l'al. 200(1)b) prévoit que, lorsqu'un appel devant un agent enquêteur soulève de telles questions, le président [TRADUCTION] « peut reporter ou ajourner cet appel et ordonner qu'il soit [. . .] entendu et tranché par le tribunal d'appel ».

Suivant ces dispositions, il semble que la commission a entière discrétion pour renvoyer, cas par cas ou de manière générale, au tribunal d'appel les dossiers complexes liés à la *Charte*. Comme nous l'avons vu, je considère que, en raison du maintien d'un processus administratif permettant d'éviter les procédures judiciaires parallèles, la commission ne manque pas à son obligation d'examiner la constitutionnalité de la Loi lorsqu'elle renvoie de tels 64

Tétreault-Gadoury, *supra*, at pp. 35-36. Therefore, I believe that the practical concerns raised by the respondents concerning the Board's capacity to handle complex *Charter* cases do not require a conclusion that either the Board or the Appeals Tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter*. On the contrary, they explain the choice made by the legislature in providing a procedural mechanism to allow such complex issues to be redirected from the Board to the Appeals Tribunal when the Chair of the Board of Directors deems it appropriate.

5. Conclusion

65 I conclude that the Appeals Tribunal has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions of the Act. It is thus presumed to have jurisdiction to consider the validity of these provisions under s. 15(1) of the *Charter*, and to disregard these provisions if it finds them to be unconstitutional. This presumption is not rebutted by the statute, either explicitly or by necessary implication. Since the remedy requested arises from s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it is not necessary to determine whether the Appeals Tribunal is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*: see *Douglas College*, *supra*, at pp. 594-95 and 605. However, as the Appeals Tribunal's decision on the constitutionality of the challenged provisions is to be reviewed on a correctness standard, I now turn to the substantive *Charter* questions.

B. *Section 15(1) of the Charter*

1. The Chronic Pain Regime Under the Act

66 The FRP Regulations and s. 10A of the Act define "chronic pain" as "pain"

(a) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain; or

dossiers au tribunal d'appel : voir, de manière générale, l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 35-36. J'estime donc que les considérations pratiques évoquées par les intimés quant à la capacité de la commission de traiter des dossiers complexes liés à la *Charte* n'obligent pas à conclure que la commission ou le tribunal d'appel n'a pas compétence pour appliquer la *Charte*. Au contraire, elles expliquent le choix du législateur de prévoir un mécanisme procédural permettant au président du conseil d'administration, lorsqu'il le juge indiqué, de dessaisir la commission de questions aussi complexes et de les renvoyer au tribunal d'appel.

5. Conclusion

Je conclus que le tribunal d'appel a le pouvoir explicite de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées de la Loi. Il est donc présumé avoir compétence pour examiner la validité de ces dispositions au regard du par. 15(1) de la *Charte* et pour ne pas en tenir compte s'il les juge inconstitutionnelles. La Loi ne réfute cette présomption ni expressément ni par déduction nécessaire. Vu que la réparation sollicitée découle du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'est pas nécessaire de décider si le tribunal d'appel est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* : voir *Douglas College*, précité, p. 594-595 et 605. Toutefois, étant donné que la décision du tribunal d'appel relative à la constitutionnalité des dispositions contestées doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte, j'aborde maintenant les questions de fond relatives à la *Charte*.

B. *Le paragraphe 15(1) de la Charte*

1. Le régime établi par la Loi relativement à la douleur chronique

Le Règlement et l'art. 10A de la Loi définissent la « douleur chronique » comme étant la « douleur »

[TRADUCTION]

a) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou

(b) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain,

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed.

b) disproportionnée au type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l'emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n'est pas guérie.

The challenged provisions then go on to create a separate regime to deal with injured workers suffering from chronic pain under the Act. The combined effect of these provisions is (i) to preclude workers injured before March 23, 1990, from receiving any benefits in connection with chronic pain; (ii) to entitle workers injured between March 23, 1990, and February 1, 1996, and who, on November 25, 1998, were in receipt of temporary benefits or had a claim under appeal, to receive uniform limited benefits for chronic pain as provided by s. 10E; and (iii) to preclude workers injured after February 1, 1996, from receiving any benefits for chronic pain except as provided by the FRP Regulations. The chronic pain provisions also maintain the bar against suing employers under s. 28 of the Act, so that no additional compensation may be obtained through tort actions in the courts.

67 Les dispositions contestées établissent ensuite un régime distinct pour les accidentés du travail souffrant de douleur chronique au sens de la Loi. Ces dispositions ont pour effet conjugué (i) d'empêcher les travailleurs ayant subi une lésion avant le 23 mars 1990 de toucher des prestations liées à la douleur chronique, (ii) de permettre aux travailleurs ayant subi une lésion entre le 23 mars 1990 et le 1er février 1996, qui, le 25 novembre 1998, touchaient des prestations temporaires ou qui avaient présenté une demande faisant l'objet d'un appel à cette date, de toucher des prestations uniformes et limitées pour douleur chronique conformément à l'art. 10E, et (iii) d'empêcher les travailleurs ayant subi une lésion après le 1er février 1996 d'obtenir, pour la douleur chronique, toute autre forme d'indemnisation que celle prévue par le Règlement. Les dispositions relatives à la douleur chronique maintiennent également l'interdiction, prévue à l'art. 28 de la Loi, de poursuivre l'employeur, d'où l'impossibilité d'obtenir une indemnité supplémentaire au moyen d'une action en responsabilité délictuelle devant une cour de justice.

Section 3(2) of the FRP Regulations deems chronic pain always to have been excluded from the operation of Part I of the Act, and provides that no compensation other than that provided by the FRP Regulations is payable for chronic pain with respect to injuries subsequent to February 1, 1996. The benefits available under the FRP Regulations are not determined with regard to the individual circumstances of each worker. Rather, the FRP Regulations establish a limited Functional Restoration Program. No worker may participate in the Functional Restoration Program if more than 12 months have elapsed since his or her date of injury, and participation in the Functional Restoration Program is limited to four weeks. No further benefits are available. Thus, injured workers suffering

68 Suivant le par. 3(2) du Règlement, la douleur chronique est présumée avoir toujours été exclue du champ d'application de la partie I de la Loi, et aucune autre indemnité que celle prévue par le Règlement ne peut être versée pour la douleur chronique due à une lésion subie après le 1er février 1996. Les avantages à accorder en vertu du Règlement ne tiennent pas compte de la situation particulière du travailleur concerné. Le Règlement crée plutôt un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée maximale de quatre semaines, auquel le travailleur ne peut pas participer si plus de 12 mois se sont écoulés depuis qu'il a subi sa lésion. Aucun autre avantage n'est disponible. Par conséquent, les accidentés du travail souffrant de douleur chronique n'ont pas droit à des prestations (temporaires ou permanentes) de

from chronic pain cannot receive earning replacement benefits (whether temporary or permanent), permanent impairment benefits, retirement annuities, vocational rehabilitation services or medical aid beyond the four-week Functional Restoration Program. They are also excluded from the duties to re-employ and to accommodate imposed upon employers by ss. 90 and 91 of the Act.

69 Section 10E of the Act is a transitional measure that provides limited permanent benefits to chronic pain sufferers who were receiving temporary benefits or had a claim under appeal on November 25, 1998. These benefits are based on a percentage of the permanent impairment benefits that would be available if the worker were impaired by a condition other than chronic pain. Neither Mr. Martin nor Ms. Laseur is subject to the application of s. 10E and its constitutionality is not at issue in this case.

2. Application of Section 15(1) of the *Charter*

70 In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 39, Iacobucci J. summarized this Court's three-step approach to s. 15(1) of the *Charter* as follows:

> First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1). [Emphasis in original.]

remplacement du revenu, à des prestations pour incapacité permanente, à une pension de retraite, à des services de réadaptation professionnelle ou à des soins médicaux après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines. Les obligations de réemploi et d'adaptation imposées à l'employeur par les art. 90 et 91 de la Loi ne s'appliquent pas non plus à ces personnes.

L'article 10E de la Loi est une mesure transitoire qui prévoit le versement de prestations permanentes limitées aux travailleurs souffrant de douleur chronique qui, le 25 novembre 1998, touchaient des prestations temporaires ou qui avaient présenté une demande faisant l'objet d'un appel à cette date. Le montant de ces prestations correspond à un pourcentage des prestations pour incapacité permanente auxquelles le travailleur aurait droit si son incapacité était due à autre chose que la douleur chronique. L'article 10E ne s'applique ni à M. Martin ni à M^me^ Laseur, et sa constitutionnalité n'est pas en cause en l'espèce.

2. Application du par. 15(1) de la *Charte*

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39, le juge Iacobucci a résumé ainsi l'approche en trois étapes relative au par. 15(1) de la *Charte* :

> Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1). [Souligné dans l'original.]

Following this approach, I now turn to an analysis of the appellants' claims based on the three inquiries required by s. 15(1).

(a) *Differential Treatment*

I agree with the Court of Appeal that the appropriate comparator group for the s. 15(1) analysis in this case is the group of workers subject to the Act who do not have chronic pain and are eligible for compensation for their employment-related injuries. The appellants are unlike these workers. Mr. Martin was deprived of temporary earnings loss and medical treatment benefits to which he would be entitled were he suffering from a condition other than chronic pain. Ms. Laseur, for her part, was denied access to an evaluation of her permanent impairment rating. Although, under the current guidelines, Ms. Laseur would be found to have a 0 percent impairment rating and would thus be denied benefits anyway, this Court has previously held that deprivation of access to an institution available to others, even though the individual bringing the claim would not necessarily derive immediate benefits from such access, constitutes differential treatment: see *Egan*, *supra*; *Vriend*, *supra*; *M. v. H.*, *supra*. More generally, while the Act prevents all injured workers from obtaining compensation in court, the Act also disentitles injured workers disabled by chronic pain to compensation and other benefits beyond the four-week period, as well as to an individual assessment of their condition and needs. Indeed, the respondents concede that chronic pain sufferers are subject to differential treatment relative to other injured workers subject to the Act.

In addition, the appellants argue that another relevant comparator group is the group of persons suffering from chronic pain who are not subject to the Act and can obtain damages for their condition through the application of normal tort principles.

Conformément à cette approche, je vais maintenant analyser les demandes des appelants en répondant aux trois questions qu'il faut se poser dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 15(1).

a) *Différence de traitement*

71 Je conviens avec la Cour d'appel que, pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui constitué des travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui sont admissibles à une indemnité pour une lésion professionnelle. La situation des appelants diffère de celle de ces travailleurs. Monsieur Martin ne touchait pas les prestations temporaires de remplacement du revenu et ne bénéficiait pas des services de soins médicaux auxquels il aurait eu droit s'il avait souffert d'autre chose que de douleur chronique. Madame Laseur, pour sa part, s'est vu refuser toute évaluation de son incapacité permanente. Indépendamment du fait que, suivant les lignes directrices actuelles, on jugerait que son taux d'incapacité serait de 0 pour 100 et que tout avantage lui serait de toute façon refusé, notre Cour a déjà statué que refuser à l'auteur d'une demande l'accès à une institution accessible à autrui, même dans le cas où il ne tirerait pas nécessairement immédiatement profit de cet accès, constitue une différence de traitement : voir *Egan*, *Vriend* et *M. c. H.*, précités. De manière plus générale, bien qu'elle empêche tous les accidentés du travail de s'adresser à une cour de justice pour obtenir une indemnité, la Loi prive en outre l'accidenté du travail souffrant d'incapacité due à la douleur chronique du droit à une indemnité et à d'autres avantages une fois terminé le programme de quatre semaines, ainsi que du droit à une évaluation individuelle de son état et de ses besoins. En fait, les intimés reconnaissent que les personnes souffrant de douleur chronique sont traitées différemment des autres accidentés du travail assujettis à la Loi.

72 Les appelants ajoutent qu'il existe un autre groupe de comparaison utile, à savoir celui constitué des personnes souffrant de douleur chronique qui ne sont pas assujetties à la Loi et qui peuvent être indemnisées selon les principes ordinaires de la

I do not believe that this comparison is appropriate. What distinguishes this group from the appellants is not mental or physical disability — both suffer from chronic pain. Rather, the only difference between them is that persons in the comparator group are not subject to the Act and thus have access to the tort system, while the appellants have to rely on the workers' compensation system. In my view, the Court of Appeal correctly held that a s. 15(1) analysis based on this distinction would amount to a challenge to the entire workers' compensation system, a challenge which this Court unanimously rejected in *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922. Moreover, such a comparison would also be inappropriate since compensation under the tort system normally requires the injured party to establish that his or her injury was caused by the negligence of another. Thus, even if the workers' compensation system did not exist, not all injured workers with chronic pain would have access to tort damages. Ms. Laseur and Mr. Martin, for instance, do not allege that anyone's negligence caused their injuries.

73 Finally, the appellants submit that workers suffering from chronic pain and eligible for s. 10E benefits constitute an appropriate comparator group. Assuming without deciding that such workers do constitute an appropriate comparator group, I do not think this approach advances the appellants' argument. As the Court of Appeal indicated, the distinction between this group and the appellants would be the date of their injury and the status of their case before the Board, rather than the nature of their disability. Thus, in any case, the second branch of the test would not be met.

74 Having found a distinction between the claimants and the comparator group, it is necessary next to examine the basis for that distinction.

responsabilité délictuelle. Je ne crois pas que cette comparaison soit appropriée. Ce n'est pas une déficience mentale ou physique qui distingue les appelants des membres de ce groupe, du fait qu'il y a douleur chronique dans les deux cas. La seule différence qui existe entre eux réside plutôt dans le fait que les membres du groupe de comparaison ne sont pas assujettis à la Loi et ont donc accès au régime de responsabilité délictuelle, alors que les appelants doivent s'en tenir au régime d'indemnisation des accidentés du travail. Selon moi, la Cour d'appel a eu raison de statuer qu'établir une telle distinction dans une analyse fondée sur le par. 15(1) reviendrait à contester tout le régime d'indemnisation des accidentés du travail, ce que notre Cour a rejeté à l'unanimité dans le *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922. De plus, une telle comparaison serait également inappropriée du fait que le régime de la responsabilité délictuelle exige normalement que la partie lésée prouve que la lésion qu'elle a subie est due à la faute d'autrui. Donc, même si le régime d'indemnisation des accidentés du travail n'existait pas, ce ne sont pas tous les accidentés du travail souffrant de douleur chronique qui auraient accès à l'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Madame Laseur et M. Martin, par exemple, n'imputent pas leurs lésions à la faute d'autrui.

Enfin, les appelants font valoir que les travailleurs souffrant de douleur chronique et admissibles aux prestations prévues à l'art. 10E forment un groupe de comparaison approprié. À supposer, sans le décider, que ces travailleurs forment effectivement un groupe de comparaison approprié, je ne crois pas que cela renforce l'argumentation des appelants. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, ce qui distinguerait les appelants des membres de ce groupe serait non pas la nature de leur incapacité, mais plutôt la date à laquelle ils ont subi leur lésion et la situation de leur dossier devant la commission. Quoi qu'il en soit, le deuxième volet du critère ne serait donc pas respecté.

Ayant conclu à l'existence d'une distinction entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison, il faut ensuite examiner le motif de cette distinction.

(b) *Enumerated or Analogous Ground*

The relevant potential ground of discrimination in this case is "physical disability", a ground expressly included in s. 15(1). The question here is whether the differential treatment of chronic pain sufferers is truly based on this enumerated ground. While the Attorney General of Nova Scotia concedes that it is, the Board argues that since both the claimants and the comparator group suffer from physical disabilities, differential treatment of chronic pain within the workers' compensation scheme is not based on physical disability. Rather, argues the Board, the differential treatment must derive from some other basis.

In my view, this argument is without merit. This Court has long recognized that differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated. This issue first arose in the context of employment discrimination claims under provincial human rights statutes. In *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, Dickson C.J. held that sexual harassment in the workplace constituted sex discrimination. He responded to the argument that, since harassers choose their targets on the basis of physical attractiveness, a personal characteristic, rather than gender, a group characteristic, sexual harassment did not amount to sex discrimination. He stated, at pp. 1288-89, that:

> While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. . . . To deny a finding of discrimination in the circumstances

b) *Motif énuméré ou analogue*

75 Le motif de discrimination susceptible de s'appliquer, en l'espèce, est celui de la « déficience physique » qui est expressément prévu au par. 15(1). Il s'agit ici de savoir si le traitement différent réservé aux personnes souffrant de douleur chronique est véritablement fondé sur ce motif énuméré. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse reconnaît que c'est le cas, mais la commission fait valoir que, étant donné que les demandeurs et les membres du groupe de comparaison sont tous atteints d'une déficience physique, le traitement différent que le régime d'indemnisation des accidentés du travail réserve aux personnes souffrant de douleur chronique n'est pas fondé sur la déficience physique. La commission soutient plutôt que la différence de traitement doit reposer sur un autre motif.

76 Selon moi, cet argument n'est pas fondé. Notre Cour reconnaît depuis longtemps qu'une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités. La question s'est posée pour la première fois dans le contexte d'allégations de discrimination dans l'emploi fondées sur des lois provinciales relatives aux droits de la personne. Dans l'arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, le juge en chef Dickson a statué que le harcèlement sexuel au travail constituait de la discrimination fondée sur le sexe. Il répondait alors à l'argument voulant que, puisque le choix d'une cible par un harceleur se fonde sur l'attrait physique — une caractéristique personnelle — plutôt que sur le sexe — une caractéristique de groupe —, le harcèlement sexuel ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe. Voici ce qu'il a dit, aux p. 1288-1289 :

> Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative

of this appeal is to deny the existence of discrimination in any situation where discriminatory practices are less than perfectly inclusive.

Likewise, in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, the employer argued that the exclusion of pregnancy from a group health insurance policy did not amount to sex discrimination, because it did not affect all women but only those who were pregnant. Dickson C.J. rejected this argument too, holding that, since only women could become pregnant, distinctions based on pregnancy could be nothing other than distinctions based on or related to sex. Thus, he concluded, the exclusion of pregnancy from the list of compensable conditions constituted sex discrimination.

77 The potential discriminatory character of distinctions drawn between different disabilities was addressed in *Gibbs*, *supra*. In that case, an employee became disabled as a result of a mental disorder. The employer subscribed to an insurance policy which provided a replacement income to employees who became unable to work because of a disability. The policy provided, however, that in cases of mental illness, the income replacement benefit would terminate after two years unless the former employee remained in a mental institution. The employee challenged this provision under the *Saskatchewan Human Rights Code*. The employer argued that the insurance plan was not discriminatory, since the proper comparison was not between mentally disabled persons and physically disabled persons, but between disabled persons generally and able-bodied persons. Sopinka J. rejected this argument and held that a comparison could properly be drawn between two groups, each of whose members were affected by a disability. He stated, at paras. 27-28, that:

contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. [. . .] Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l'existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l'ensemble du groupe-cible.

De même, dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, l'employeur soutenait que l'exclusion de la grossesse du champ d'application du régime collectif d'assurance maladie ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe, étant donné que cette exclusion visait non pas toutes les femmes, mais seulement celles qui étaient enceintes. Le juge en chef Dickson a aussi rejeté cet argument en décidant que, puisque seules les femmes pouvaient tomber enceintes, une distinction fondée sur la grossesse ne pouvait qu'être une distinction fondée sur le sexe ou s'y rapportant. Il a donc conclu que l'exclusion de la grossesse de la liste des états donnant ouverture à indemnisation constituait de la discrimination fondée sur le sexe.

Dans l'arrêt *Gibbs*, précité, la Cour a abordé la question du caractère potentiellement discriminatoire des distinctions établies entre diverses incapacités. Dans cette affaire, une employée était devenue invalide en raison d'un trouble mental. L'employeur avait souscrit un contrat d'assurance prévoyant le versement d'une indemnité de remplacement du revenu en cas d'inaptitude au travail due à une incapacité. Le contrat précisait toutefois que, dans le cas d'une maladie mentale, l'indemnité de remplacement du revenu cessait d'être versée au bout de deux ans, sauf si l'ancien employé demeurait interné dans un établissement psychiatrique. L'employée a contesté cette disposition en invoquant le *Saskatchewan Human Rights Code*. L'employeur a fait valoir que le régime d'assurance n'était pas discriminatoire puisque la comparaison devait être faite non pas entre les personnes souffrant d'une incapacité mentale et celles souffrant d'une incapacité physique, mais plutôt entre les personnes handicapées en général et les personnes physiquement aptes. Le juge Sopinka a rejeté cet argument et a statué qu'une comparaison pouvait être établie, à juste titre, entre deux groupes formés de personnes souffrant d'une incapacité. Voici ce qu'il a dit, aux par. 27-28 :

In my view, the Court of Appeal was correct, in the circumstances of the present case, in finding discrimination on the basis of a comparison between the insurance benefits offered to those unable to work because of a physical disability and those unable to work because of a mental disability. In concluding that a "mental disability/physical disability" comparison is appropriate, I note first of all that in order to find discrimination on the basis of disability, it is not necessary that all disabled persons be mistreated equally. The case law has consistently held that it is not fatal to a finding of discrimination based on a prohibited ground that not all persons bearing the relevant characteristic have been discriminated against.

. . .

Thus, a finding of discrimination on the basis of disability, even though only a subset of disabled employees is mistreated, is permissible according to the case law. [Emphasis added.]

Sopinka J. went on to support the comparison between mental and physical disability by noting that s. 15(1) of the *Charter* expressly contains such a distinction, and that mentally disabled persons are subject to a particular historical disadvantage. Admittedly, the alleged discrimination in this appeal is between different physical disabilities, and therefore these additional justifications may not apply directly. Nevertheless, I believe that the Court of Appeal was correct in concluding that this Court's previous approach to discrimination on the basis of distinction within a protected group, as dealt with by this Court in *Janzen*, *Brooks* and *Gibbs*, while not determinative, indicates that the s. 15(1) claim under consideration should turn on the presence or absence of substantive discrimination rather than on the second branch of the *Law* test.

While the issue was not argued at length, Binnie J. in *Granovsky*, *supra*, at para. 53, held that a legislative distinction between temporary and permanent disability was based on the enumerated ground of "physical disability" in s. 15(1) of the *Charter*. Likewise, in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para.

À mon avis, la Cour d'appel a eu raison, dans les circonstances de la présente affaire, de conclure à l'existence de discrimination fondée sur une comparaison entre les prestations d'assurance offertes aux personnes incapables de travailler à cause d'une incapacité physique et celles offertes aux personnes incapables de travailler à cause d'une incapacité mentale. En concluant qu'une comparaison entre l'incapacité mentale et l'incapacité physique est adéquate, je souligne d'abord que, pour conclure à l'existence de discrimination fondée sur l'incapacité, il n'est pas nécessaire que toutes les personnes handicapées soient maltraitées également. Les tribunaux ont constamment statué qu'il n'est pas erroné de conclure à l'existence de discrimination fondée sur un motif illicite quand les personnes qui présentent la caractéristique pertinente n'ont pas toutes été victimes de discrimination.

. . .

Ainsi, il est possible, d'après la jurisprudence, de conclure à l'existence de discrimination fondée sur l'incapacité même si seulement une partie des employés handicapés sont maltraités. [Je souligne.]

78 Le juge Sopinka a ensuite justifié la comparaison entre l'incapacité mentale et l'incapacité physique en faisant observer que le par. 15(1) de la *Charte* établit expressément une telle distinction, et que les personnes atteintes d'une incapacité mentale ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage particulier. Il est vrai qu'en l'espèce la distinction alléguée serait faite entre différentes incapacités physiques, de sorte qu'il se peut que ces justifications supplémentaires ne s'appliquent pas directement. Néanmoins, je crois que la Cour d'appel a eu raison de conclure que, bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'approche que notre Cour a déjà adoptée relativement à la discrimination fondée sur une distinction établie au sein d'un groupe protégé — examinée dans les arrêts *Janzen*, *Brooks* et *Gibbs* — indique que la demande examinée qui repose sur le par. 15(1) doit être axée sur l'existence ou l'inexistence de discrimination réelle, et non sur le deuxième volet du critère de l'arrêt *Law*.

79 Bien que la question en litige n'y ait pas été débattue en profondeur, le juge Binnie a conclu, dans l'arrêt *Granovsky*, précité, par. 53, qu'une distinction établie par le législateur entre l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente était fondée sur le motif de la « déficience physique » énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. De même, dans

80, McLachlin J. held that the special treatment of the not criminally responsible was founded "on the presence of a particular type of mental disability at the time of commission of the criminal act" (emphasis added). In my view, such reasoning is consistent with the general principles underlying discrimination law and s. 15(1), which prohibits discrimination "based on" certain enumerated grounds, including "mental or physical disability".

80 For instance, there could be no doubt that a legislative distinction favouring persons of Asian origin over those of African origin would be "based on" race, ethnic origin or colour, or that a law imposing a disadvantage on Buddhists relative to Muslims would draw a distinction "based on" religion. It would be no answer for the legislator to say there is no discrimination because both persons born in Asia and persons born in Africa have a non-Canadian national origin, or that Muslims, like Buddhists, belong to a minority religion in Canada. Likewise, in the present case, it is no answer to say that all workers subject to the scheme are disabled. The second step of the *Law* test does not ask whether the claimant and members of the comparator group possess a certain characteristic. Rather, the inquiry is whether the basis of the challenged differential treatment is an enumerated or analogous ground. The distinction between the claimants and the comparator group was made on the basis of the claimants' chronic pain disability, i.e., on the basis of disability. The fact that injured workers without chronic pain have their own disability too is irrelevant. Distinguishing injured workers with chronic pain from those without is still a disability-based distinction. Whether that distinction is in fact discriminatory remains in each case to be determined under the third branch of the *Law* test.

l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 80, la juge McLachlin a conclu que le traitement particulier réservé à la personne dont la responsabilité criminelle n'était pas engagée était justifié « par l'existence d'un type particulier de déficience mentale au moment où l'acte criminel est commis » (je souligne). À mon sens, ce raisonnement est compatible avec les principes généraux qui sous-tendent le droit applicable en matière de discrimination et le par. 15(1) qui interdit la discrimination « fondée sur » certains motifs énumérés, dont les « déficiences mentales ou physiques ».

Par exemple, il n'y aurait pas de doute qu'une distinction du législateur qui favoriserait les personnes d'origine asiatique par rapport aux personnes d'origine africaine serait « fondée sur » la race, l'origine ethnique ou la couleur, ou qu'une loi défavorisant les bouddhistes par rapport aux musulmans établirait une distinction « fondée sur » la religion. Il ne suffirait pas que le législateur réponde qu'il n'y a pas de discrimination vu que les personnes nées en Asie et celles nées en Afrique ont, dans les deux cas, une origine nationale non canadienne, ou encore que les musulmans, à l'instar des bouddhistes, appartiennent à une minorité religieuse au Canada. De la même façon, il ne suffit pas de répondre, en l'espèce, que les travailleurs assujettis au régime souffrent tous d'une incapacité. Le deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Law* ne consiste pas à se demander si les membres du groupe de comparaison et le demandeur ont en commun une certaine caractéristique. Il s'agit plutôt de savoir si la différence de traitement contestée repose sur un motif énuméré ou analogue. La distinction entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison était fondée sur une incapacité, à savoir l'incapacité des demandeurs due à la douleur chronique. Le fait que les accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique souffrent eux aussi d'une incapacité n'est pas pertinent. La distinction entre les accidentés du travail qui souffrent de douleur chronique et ceux qui ne souffrent pas de ce type de douleur demeure une distinction fondée sur une déficience. La question de savoir si cette distinction est effectivement discriminatoire doit, dans chaque cas, être tranchée au moyen du troisième volet du critère de l'arrêt *Law*.

This approach to the analysis of distinctions drawn between various disabilities allows the courts to take into account a fundamental and distinctive characteristic of disabilities when compared to other enumerated grounds of discrimination: their virtually infinite variety and the widely divergent needs, characteristics and circumstances of persons affected by them: see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 69; *Granovsky*, *supra*, at para. 27. Due sensitivity to these differences is the key to achieving substantive equality for persons with disabilities. In many cases, drawing a single line between disabled persons and others is all but meaningless, as no single accommodation or adaptation can serve the needs of all. Rather, persons with disabilities encounter additional limits when confronted with systems and social situations which assume or require a different set of abilities than the ones they possess. The equal participation of persons with disabilities will require changing these situations in many different ways, depending on the abilities of the person. The question, in each case, will not be whether the state has excluded all disabled persons or failed to respond to their needs in some general sense, but rather whether it has been sufficiently responsive to the needs and circumstances of each person with a disability. If a government building is not accessible to persons using wheelchairs, it will be no answer to a claim of discrimination to point out a TTY (teletypewriter) telephone for the hearing impaired has been installed in the lobby.

Of course, government benefits or services cannot be fully customized. As a practical matter, general solutions will often have to be adopted, solutions which inevitably may not respond perfectly to the needs of every individual. This is particularly true in the context of large-scale compensation systems, such as the workers' compensation scheme under consideration. Such systems often need to classify various injuries and illnesses based

81 Cette approche relative à l'analyse des distinctions établies entre diverses déficiences permet aux tribunaux de tenir compte d'une caractéristique fondamentale et typique des déficiences, que ne possèdent pas les autres motifs de discrimination énumérés : leur diversité quasi infinie, y compris les caractéristiques, les situations et les besoins très différents des personnes qui en sont atteintes (voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 69; *Granovsky*, précité, par. 27). Pour qu'il y ait égalité véritable des personnes atteintes de déficiences, il faut bien tenir compte de ces différences. Dans bien des cas, tracer une seule ligne de démarcation entre les personnes atteintes d'une déficience et les autres personnes est pour ainsi dire inutile, vu qu'aucune mesure d'adaptation ne permet à elle seule de répondre aux besoins de tous. Les personnes atteintes d'une déficience sont plutôt assujetties à des limites supplémentaires lorsqu'elles sont aux prises avec des régimes ou des situations sociales qui présument ou exigent qu'elles possèdent un ensemble de capacités différent de celui qu'elles possèdent. Pour garantir la participation égale des personnes atteintes d'une déficience, il faudra changer ces situations de bien des manières, selon les capacités de la personne en question. Dans chaque cas, la question sera non pas de savoir si l'État a exclu toutes les personnes atteintes d'une déficience ou s'il a omis de répondre à leurs besoins en général, mais plutôt de savoir s'il a suffisamment tenu compte des besoins et de la situation de chacune d'elles. Lorsqu'un édifice du gouvernement n'est pas accessible aux personnes en fauteuil roulant, il ne suffit pas de répondre à une allégation de discrimination qu'un téléscripteur destiné aux malentendants a été installé dans le hall d'entrée.

82 Il va sans dire que les avantages ou les services qu'offre le gouvernement ne peuvent pas être entièrement sur mesure. En pratique, il est souvent nécessaire d'adopter des solutions générales qui sont inévitablement susceptibles de ne pas répondre parfaitement aux besoins de chacun, spécialement dans le contexte d'un régime général d'indemnisation comme celui des accidentés du travail examiné en l'espèce. Il est souvent nécessaire, dans

on available medical evidence and use the resulting classifications to process the claims made by beneficiaries. This approach is necessary, both for reasons of administrative efficiency and to ensure fairness in processing large numbers of claims. In addition, the beneficiaries themselves benefit from the reduced transaction costs and speed achieved through such techniques, and without which large-scale compensation might well be impossible. The state should therefore benefit from a certain margin of appreciation in this exercise, but it cannot be exempted from the requirements of s. 15(1) of the *Charter*. The distinction made will not be allowed to stand when it, intentionally or not, violates the essential human dignity of the individuals affected and thus constitutes discrimination.

ces régimes, de classer diverses lésions et maladies en fonction des données médicales disponibles et d'utiliser les catégories ainsi créées pour traiter les demandes des bénéficiaires. Une telle approche s'impose tant pour des raisons d'efficacité administrative que pour assurer le traitement équitable d'un grand nombre de demandes. De plus, les bénéficiaires profitent eux-mêmes de la diminution des coûts d'opération et de l'accélération du processus auxquelles contribuent ces techniques, sans lesquelles l'indemnisation à grande échelle pourrait bien se révéler impossible. L'État doit donc disposer d'une certaine latitude à cet égard, mais il ne peut pas échapper aux exigences du par. 15(1) de la *Charte*. La distinction établie ne peut pas être maintenue lorsque, peu importe que ce soit voulu ou non, elle porte atteinte à la dignité essentielle des personnes touchées et est, de ce fait, discriminatoire.

83 Thus, I now turn to the third branch of the *Law* test, which asks whether the differential treatment based on an enumerated or analogous ground is discriminatory in a substantive sense. The substantive discrimination test, however, is demanding, and the distinction drawn in this case, like many other disability-based distinctions, will stand to survive or fail the s. 15(1) analysis at this stage.

Je passe maintenant au troisième volet du critère de l'arrêt *Law*, qui consiste à se demander si la différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue est réellement discriminatoire. Le critère de la discrimination réelle est toutefois exigeant et c'est à cette étape que, à l'instar de bien d'autres distinctions fondées sur une déficience, la distinction établie en l'espèce résistera ou ne résistera pas à l'analyse fondée sur le par. 15(1).

(c) *Substantive Discrimination*

c) *Discrimination réelle*

84 A violation of s. 15(1) of the *Charter* will only be established when, beyond the existence of differential treatment based on an enumerated or analogous ground, the claimant proves that such differential treatment is truly discriminatory. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 174-75, McIntyre J. described discrimination as follows:

Il n'y aura violation du par. 15(1) de la *Charte* que si, outre l'existence d'une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue, le demandeur établit que cette différence de traitement est réellement discriminatoire. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 174-175, le juge McIntyre définit ainsi la discrimination :

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées

solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Iacobucci J., writing for a unanimous Court in *Law*, *supra*, stated at para. 51, that the substantive discrimination analysis must be informed by the purpose of s. 15(1), which is "to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration". Human dignity, in turn,

> is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

(*Law*, at para. 53)

Iacobucci J. went on to identify four contextual factors which may be referred to in order to determine whether the challenged legislation demeans the essential human dignity of the affected person or group. These factors are: (1) the presence of pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice directed at this person or group; (2) the correspondence, or lack thereof, between the ground upon which the differential treatment is based and the actual needs, characteristics and circumstances

sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Dans l'arrêt *Law*, précité, par. 51, le juge Iacobucci a affirmé, au nom de la Cour à l'unanimité, que l'analyse visant à déterminer l'existence de discrimination réelle doit tenir compte de l'objet du par. 15(1), qui est « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération ». Par contre, la dignité humaine 85

> est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

(*Law*, par. 53)

Le juge Iacobucci a ensuite énoncé quatre facteurs contextuels pouvant servir à déterminer si la disposition contestée porte atteinte à la dignité essentielle de la personne ou du groupe touché. Ces facteurs sont : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité dont est l'objet la personne ou le groupe touché, (2) la correspondance — ou l'absence de correspondance — entre le motif sur lequel la différence de traitement est fondée et les besoins,

of the affected person or group; (3) the ameliorative purpose or effect of the legislation upon a more disadvantaged group; and (4) the nature of the interest affected by the legislation. This list, of course, is not exhaustive, the goal of the analysis in each case being to determine whether a reasonable and dispassionate person, fully apprised of all the circumstances and possessed of similar attributes to the claimant, would conclude that his or her essential dignity had been adversely affected by the law. For the same reason, not all factors will be relevant in each case. The enquiry always remains a contextual rather than a mechanical one: *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 46.

(i) Pre-existing Disadvantage

86 The appellants allege that chronic pain sufferers have been subjected to historical disadvantage as a result of stereotypes concerning the nature and causes of their disability. As they describe it, "[t]he stereotypical assumption is that chronic pain is caused by psychosocial factors, litigation or secondary gain as opposed to employment related trauma" (appellants' factum, at para. 108). In other words, in the appellants' submission, the particular characteristics of chronic pain syndrome and related medical conditions, such as their persistence beyond the normal healing time for the underlying injury and the apparent lack of physical manifestations supporting the sufferer's complaint of continuing pain, have led to a common misconception, rising to the level of an invidious social stereotype, that persons affected by chronic pain do not suffer from a legitimate medical condition but are malingering, frequently with a view to financial benefits, or that their pain stems from weakness of character rather than from the injury itself.

87 The respondents, on the contrary, argue that, although chronic pain is a legitimate medical

les caractéristiques et la situation véritables de la personne ou du groupe touché, (3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la mesure législative en cause eu égard à un groupe défavorisé dans la société, et (4) la nature du droit touché par cette mesure législative. Il est évident que cette liste n'est pas exhaustive, l'analyse ayant pour objet, dans chaque cas, de déterminer si une personne raisonnable et impartiale, bien informée de toutes les circonstances et dotée d'attributs semblables à ceux du demandeur, conclurait que la règle de droit en cause porte atteinte à sa dignité essentielle. Cela explique également pourquoi les facteurs ne sont pas tous pertinents dans chaque cas. L'examen doit toujours se faire en contexte plutôt que de manière mécanique : *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 46.

(i) Préexistence d'un désavantage

Les appelants allèguent que les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été défavorisées en raison de stéréotypes concernant la nature et les causes de leur déficience. Selon eux, [TRADUCTION] « [l']opinion toute faite des gens veut que la douleur chronique soit due à des facteurs psychosociaux, aux litiges ou aux gains secondaires, et non à un traumatisme lié au travail » (mémoire des appelants, par. 108). En d'autres termes, les appelants font valoir que les caractéristiques particulières du syndrome de la douleur chronique et des états médicaux qui y sont associés — telles la persistance de la douleur après le délai normal de guérison de la lésion qui l'a causée au départ et l'absence apparente de symptômes physiques expliquant la douleur constante dont se plaint une personne — sont à l'origine de l'opinion courante erronée — allant jusqu'à un stéréotype social déplorable — voulant que les personnes souffrant de douleur chronique n'aient pas de problème de santé, mais feignent leur mal, souvent afin d'obtenir des avantages pécuniaires, ou que leur douleur soit imputable à leur faiblesse de caractère plutôt qu'à la lésion qu'elles ont subie.

Les intimés soutiennent au contraire que, même si la douleur chronique constitue un problème de

condition, no such widespread invidious stereotypes against chronic pain sufferers exist in society beyond the stereotypes associated with all injured workers, who are sometimes erroneously suspected of malingering. Thus, the respondents conclude, the appellants have failed to establish their case under this first contextual factor, as it requires them to establish not only that they are affected by the general pre-existing disadvantage or stereotypes applicable to all injured workers, but also that they have been subject to greater historical disadvantage or stereotypes.

In my view, this last part of the respondents' argument is without merit. They rely on *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, for the proposition that the appellants must demonstrate prejudice or stereotyping that is distinct from that experienced by the comparator group. In *Corbiere*, this Court considered a s. 15(1) challenge to a provision of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which provided that only band members ordinarily resident on the reserve were entitled to vote in band elections. While both McLachlin and Bastarache JJ., writing for the majority, and L'Heureux-Dubé J., writing for a minority of four, recognized that off-reserve Aboriginal band members had been subject to particular historical disadvantage compared to those living on-reserve, nowhere can the suggestion be found that such relative disadvantage is a necessary condition for the first contextual factor to point towards discrimination. This point was eloquently made by Iacobucci J. in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 69, where he stated that "this enquiry does not direct the appellants and respondents to a 'race to the bottom', i.e., the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group". See also *Granovsky*, *supra*, at para. 67. Thus, while a finding of relative disadvantage may in certain cases be helpful to the claimant, the absence of relative disadvantage should in my view be seen as neutral when, as is the case here, the claimants belong to a larger group — disabled persons — who have

santé, les personnes souffrant de cette douleur ne sont pas davantage l'objet de ces stéréotypes déplorables répandus qui s'ajoutent à ceux liés à tous les accidentés du travail, parfois soupçonnés à tort de feindre leur mal. Ils concluent donc que les appelants n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande au regard de ce premier facteur contextuel qui les oblige à prouver non seulement qu'ils sont touchés par le désavantage ou les stéréotypes généraux préexistants dont sont l'objet tous les accidentés du travail, mais également qu'ils ont, de tout temps, été plus défavorisés ou davantage l'objet de stéréotypes.

88

Selon moi, cette dernière partie de l'argumentation des intimés est sans fondement. Ils invoquent l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, à l'appui de leur prétention que les appelants doivent prouver l'existence de préjugés ou de stéréotypes différents de ceux dont sont l'objet les membres du groupe de comparaison. Dans cette affaire, notre Cour était saisie de la contestation, fondée sur le par. 15(1), d'une disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui prévoyait que seuls les membres d'une bande résidant ordinairement dans une réserve étaient habiles à voter aux élections de la bande. Tout en reconnaissant que les membres des bandes indiennes résidant hors des réserves avaient, de tout temps, été l'objet d'un désavantage particulier par rapport aux membres des bandes indiennes résidant dans une réserve, les juges McLachlin et Bastarache, s'exprimant au nom des juges majoritaires, et la juge L'Heureux-Dubé, au nom des quatre juges minoritaires, n'ont aucunement indiqué que l'existence d'un tel désavantage relatif était nécessaire pour conclure à l'existence de discrimination au regard du premier facteur contextuel. Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 69, le juge Iacobucci a fait remarquer, de manière éloquente, que « cet examen n'engage pas les parties appelantes et les intimés dans une "course vers le bas", en d'autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu'ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison ». Voir également l'arrêt *Granovsky*, précité, par. 67. En conséquence, quoique la conclusion à l'exis-

experienced historical disadvantage or stereotypes.

89 But there is more. Sometimes, as in the case at bar, the lack of correspondence between the differential treatment to which the claimants are subject and their actual needs, capacities and circumstances is at the heart of the s. 15(1) claim to such an extent as to make a relative disadvantage analysis largely inappropriate. This is particularly true when distinctions are drawn between various types of mental or physical disabilities, because, as I noted above, the rationale underlying the prohibition of disability-based discrimination is the imperative to recognize the needs, capacities and circumstances of persons suffering from widely different disabilities in a vast range of social contexts. It can be no answer to a charge of discrimination on that basis to allege that the particular disability at issue is not subject to particular historical disadvantage or stereotypes beyond those visited upon other disabled persons. Indeed, the contrary position could potentially relieve the state from its obligation to accommodate or otherwise recognize many disabilities that, despite their severity, are not subject to widespread stereotypes or particular historical disadvantage. Such a result would run contrary to the very meaning of equality in that context and cannot be condoned.

90 For these reasons, I do not find it necessary to determine, based on the limited evidence before us, whether chronic pain sufferers have historically been subject to disadvantage or stereotypes beyond those affecting other injured workers. It will be sufficient to note that many elements seem to point in that direction. Most importantly, the medical reports introduced as evidence often mention the inaccurate negative assumptions towards chronic pain sufferers

tence d'un désavantage relatif puisse, dans certains cas, être utile au demandeur, j'estime que l'absence d'un tel désavantage ne doit pas être perçue comme n'ayant aucune incidence dans un cas où, comme en l'espèce, les demandeurs font partie d'un groupe plus large — celui des personnes atteintes d'une déficience —, dont les membres ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes.

Mais il y a plus. Parfois, comme en l'espèce, l'absence de correspondance entre le traitement différent réservé aux demandeurs et leurs capacités, situation et besoin véritables revêt une importance tellement fondamentale dans leur demande fondée sur le par. 15(1) que l'analyse portant sur le désavantage relatif devient, dans une large mesure, inutile. Cela est particulièrement vrai dans le cas où des distinctions sont établies entre divers types de déficience mentale ou physique, car, comme nous l'avons vu, la raison d'être de l'interdiction de la discrimination fondée sur une déficience est l'importance de reconnaître les besoins, les capacités et la situation de personnes qui, dans des contextes sociaux très variés, sont atteintes de déficiences très différentes les unes des autres. Pour repousser une accusation de discrimination fondée sur ce motif, il ne suffit pas d'alléguer que la déficience en cause n'est pas à l'origine de certains stéréotypes ou d'un certain désavantage historique s'ajoutant à ceux dont sont l'objet d'autres personnes atteintes d'une déficience. En fait, l'opinion contraire pourrait contribuer à soustraire l'État à son obligation de prendre en considération ou de reconnaître, par ailleurs, bon nombre de déficiences qui, malgré leur gravité, ne sont pas à l'origine de stéréotypes répandus ou d'un désavantage historique particulier. Un tel résultat irait à l'encontre du sens même de l'égalité dans ce contexte et, de ce fait, est inadmissible.

Pour ces raisons et compte tenu de la preuve limitée dont nous sommes saisis, je juge inutile de décider si les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes s'ajoutant à ceux dont sont l'objet les autres accidentés du travail. Il suffit de souligner que de nombreux facteurs semblent indiquer que oui. Qui plus est, les rapports médicaux produits en preuve font souvent état d'hypothèses

widely held by employers, compensation officials and the medical profession itself. They identify the correction of negative assumptions and attitudes of this kind as a significant step in improving the treatment of chronic pain. The troubling comments made by some case workers in the Laseur file appear to betray such negative assumptions. Thus, statements that Ms. Laseur had "fallen into the usual chronic pain picture" and that "[t]his is basically a chronic pain problem, perhaps even a chronic pain syndrome although she seems to be a very pleasant individual with not the usual features of this type of problem" were clearly inappropriate and suggest that Ms. Laseur's claim may have been treated on the basis of presumed group characteristics rather than on its own merits. Finally, the medical experts recognize that chronic pain syndrome is partially psychological in nature, resulting as it does from many factors both physical and mental. This Court has consistently recognized that persons with mental disabilities have suffered considerable historical disadvantage and stereotypes: *Granovsky*, *supra*, at para. 68; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 994; *Winko*, *supra*, at paras. 35 *et seq.* Although the parties have argued the s. 15(1) case on the basis that chronic pain is a "physical disability", the widespread perception that it is primarily, or even entirely, psychosomatic may have played a significant role in reinforcing negative assumptions concerning this condition.

While all these indicia point to relative disadvantage, it is not necessary to decide whether the evidence before us is sufficient to establish that the negative assumptions associated with chronic pain are so harmful, widespread or socially embedded as to rise to the level of "historical disadvantage" or "invidious stereotype". This is because, in my view, the gravamen of the appellants' s. 15 claim is the lack of correspondence between the differential

négatives inexactes que les employeurs, les agents d'indemnisation et les médecins eux-mêmes émettent à l'égard des personnes souffrant de douleur chronique. Ils précisent que l'élimination de ce type d'hypothèses et d'attitudes négatives contribuerait sensiblement à améliorer le traitement de la douleur chronique. Les observations troublantes de certains agents chargés de traiter le dossier Laseur paraissent refléter de telles hypothèses négatives. Ainsi, les affirmations voulant que M^me^ Laseur ait semblé [TRADUCTION] « avoir développé le profil habituel de la personne souffrant de douleur chronique », et qu'il s'agisse « essentiellement d'un problème de douleur chronique, peut-être même du syndrome de la douleur chronique, bien qu'elle semble être une personne très charmante qui ne présente pas les caractéristiques habituellement associées à ce genre de problème », étaient manifestement déplacées et indiquent qu'il se peut qu'on ait traité la demande de M^me^ Laseur en fonction de présumées caractéristiques de groupe plutôt qu'en fonction de son propre bien-fondé. Enfin, les experts en médecine reconnaissent que le syndrome de la douleur chronique est partiellement de nature psychologique du fait qu'il tient à maints facteurs tant physiques que mentaux. Notre Cour a toujours reconnu que les personnes atteintes d'une déficience mentale ont, de tout temps, été l'objet de nombreux stéréotypes en plus d'être grandement désavantagées : *Granovsky*, précité, par. 68; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 994; *Winko*, précité, par. 35 et suiv. Bien que, dans leur argumentation fondée sur le par. 15(1), les parties aient tenu pour acquis que la douleur chronique est une « déficience physique », la perception générale selon laquelle cette douleur est essentiellement, voire entièrement, psychosomatique peut avoir contribué de façon importante à renforcer des hypothèses négatives concernant cet état.

91

Bien que tous ces facteurs tendent à indiquer l'existence d'un désavantage relatif, il n'est pas nécessaire de décider si la preuve dont nous sommes saisis est suffisante pour établir que les hypothèses négatives liées à la douleur chronique sont si préjudiciables, répandues ou enracinées dans la société qu'elles sont à l'origine d'un « désavantage historique » ou d'un « stéréotype déplorable ». J'estime que cela s'explique par le fait que la demande que

treatment imposed by the Act and the true needs and circumstances of chronic pain sufferers: see generally *Law*, *supra*, at paras. 64-65. I therefore turn to this question.

(ii) Correspondence with the Needs, Capacities and Circumstances of the Claimants

92 The second contextual factor to be considered is the relationship between the ground of distinction — here the presence of disability caused by chronic pain — and the actual needs, capacities and circumstances of the group to which the claimants belong. In other words, does the separate regime for chronic pain under the Act and the FRP Regulations take into account the actual needs, capacity or circumstances of workers suffering from chronic pain in a manner that respects their value as human beings and as members of Canadian society?

93 In answering this question, it is vital to keep in mind the rationale underlying the prohibition of discrimination based on disability. As I stated above, this rationale is to allow for the recognition of the special needs and actual capacities of persons affected by a broad variety of different disabilities in many different social contexts. In accordance with this rationale, s. 15(1) requires a considerable degree of reasonable accommodation and adaptation of state action to the circumstances of particular individuals with disabilities. Of course, classification and standardization are in many cases necessary evils, but they should always be implemented in such a way as to preserve the essential human dignity of individuals.

94 Another vital consideration in a case such as this one is the overall purpose of the legislative scheme at issue: see *Gibbs*, *supra*, at para. 34; *Granovsky*, *supra*, at para. 62. A classification that results in depriving a class from access to certain benefits is much more likely to be discriminatory when it is

les appelants ont présentée en vertu de l'art. 15 repose essentiellement sur l'absence de correspondance entre la différence de traitement prescrite par la Loi et les besoins et la situation véritables des personnes souffrant de douleur chronique : voir, de manière générale, l'arrêt *Law*, précité, par. 64-65. Je passe maintenant à l'examen de cette question.

(ii) Correspondance avec les besoins, les capacités et la situation des demandeurs

Le deuxième facteur contextuel à prendre en considération est le lien entre le motif de distinction — en l'espèce, l'incapacité due à la douleur chronique — et les besoins, les capacités et la situation véritables des membres du groupe auquel appartiennent les demandeurs. En d'autres termes, le régime distinct que la Loi et le Règlement établissent en matière de douleur chronique tient-il compte des besoins, des capacités et de la situation véritables des travailleurs souffrant de douleur chronique d'une manière qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne?

Pour répondre à cette question, il est essentiel de se rappeler la raison d'être de l'interdiction de la discrimination fondée sur une déficience. Comme je l'ai déjà affirmé, la raison d'être de cette interdiction est de permettre la reconnaissance des besoins particuliers et des capacités véritables de personnes qui, dans des contextes sociaux très variés, sont atteintes de déficiences très différentes les unes des autres. Conformément à cette raison d'être, le par. 15(1) oblige l'État à agir, dans une large mesure, d'une manière qui tienne compte raisonnablement de la situation particulière de certaines personnes atteintes d'une déficience. Il va sans dire que, même si, dans bien des cas, l'établissement de catégories et la normalisation sont des maux nécessaires, il faut toujours y procéder dans le respect de la dignité des personnes concernées.

L'objectif global du régime législatif en cause est un autre facteur essentiel qui doit être pris en considération dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis : voir *Gibbs*, précité, par. 34; *Granovsky*, précité, par. 62. Une classification ayant pour effet de priver de certains avantages une

not supported by the larger objectives pursued by the challenged legislation. In the case at bar, the objectives of the workers' compensation scheme are clear. As explained in *Pasiechnyk*, *supra*, the scheme embodies a historical trade-off between employers and workers. While the former are protected by s. 28 of the Act against the possibility of being sued in tort for work-related injuries, the latter are guaranteed a reasonable amount of compensation for such injuries without being subject to the costs, delays and uncertainties of an action before the courts. In order to obtain compensation, employees must establish that their personal injury was caused by an accident arising "out of and in the course of employment" (s. 10(1)).

The challenged provisions, however, while maintaining the bar to tort actions, exclude chronic pain from the purview of the general compensation scheme provided for by the Act. Thus, no earning replacement benefits, permanent impairment benefits, retirement annuities, vocational rehabilitation services or medical aid can be provided with respect to chronic pain. Employers are also exempt from the duties to re-employ them and accommodate their disability, which are normally imposed by the Act. Instead, workers injured on or after February 1, 1996, who suffer from chronic pain are entitled to a four-week Functional Restoration Program, after which no further benefits are available. In addition, if a chronic pain claim is not asserted within a year of the accident taking place, no benefit will be provided at all. Workers injured before March 23, 1990, are excluded from all benefits under the Act with respect to chronic pain. Finally, workers injured in the interim period are subject to transitional provisions whose constitutionality is not at issue before us.

The respondents allege that this blanket exclusion of chronic pain claims responds to the actual

catégorie de personnes est d'autant plus susceptible d'être discriminatoire si elle ne s'appuie pas sur les objectifs généraux de la loi contestée. Dans la présente affaire, les objectifs du régime d'indemnisation des accidentés du travail sont clairs. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Pasiechnyk*, précité, ce régime est un compromis historique entre employeurs et employés. Aux termes de l'art. 28 de la Loi, l'employeur est protégé contre l'éventualité d'une poursuite en responsabilité délictuelle pour des lésions liées au travail, alors que l'employé qui a subi ces lésions est assuré de toucher une indemnité raisonnable sans s'exposer aux coûts, aux délais et aux aléas d'une action en justice. Pour être indemnisé, l'employé doit prouver que sa lésion corporelle est due à un accident survenu [TRADUCTION] « du fait et au cours de l'emploi » (par. 10(1)).

95 Cependant, bien qu'elles continuent d'interdire les actions en responsabilité délictuelle, les dispositions contestées excluent la douleur chronique du champ d'application du régime général d'indemnisation établi par la Loi. Ainsi, le travailleur souffrant de douleur chronique n'a pas droit à des prestations de remplacement du revenu ou pour incapacité permanente, à une pension de retraite, à des services de réadaptation professionnelle ou à des soins médicaux. L'employeur est également soustrait aux obligations légales — qui lui incombent normalement — de réemployer le travailleur et de tenir compte de son incapacité. Le travailleur souffrant de douleur chronique due à une lésion subie le 1er février 1996 ou après cette date a plutôt droit à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible. De plus, le travailleur qui omet de présenter sa demande fondée sur la douleur chronique dans l'année qui suit l'accident n'a droit à aucun avantage. Le travailleur ayant subi une lésion avant le 23 mars 1990 n'a droit à aucun des avantages que la Loi prévoit dans le cas des personnes souffrant de douleur chronique. Enfin, le travailleur ayant subi une lésion dans l'intervalle est assujetti à des dispositions transitoires dont la constitutionnalité n'est pas contestée devant nous.

96 Les intimés allèguent que cette exclusion générale des demandes fondées sur la douleur chronique

needs and circumstances of workers suffering from chronic pain. In their submission, the combination of early medical intervention through the Functional Restoration Program and an immediate cut-off of benefits is the optimal strategy to favour early return to work, which has been identified in medical studies as the most promising approach to the treatment of chronic pain.

97 I am unable to agree that the challenged provisions are sufficiently responsive to the needs and circumstances of chronic pain sufferers to satisfy the second contextual factor. Although the medical evidence before us does point to early intervention and return to work as the most promising treatment for chronic pain, it also recognizes that, in many cases, even this approach will fail. It is an unfortunate reality that, despite the best available treatment, chronic pain frequently evolves into a permanent and debilitating condition. Yet, under the Act and the FRP Regulations, injured workers who develop such permanent impairment as a result of chronic pain may be left with nothing: no medical aid, no permanent impairment or income replacement benefits, and no capacity to earn a living on their own. This cannot be consistent with the purpose of the Act or with the essential human dignity of these workers.

98 Others, more fortunate, may only be partially incapacitated by chronic pain, and it is natural that they be encouraged to rejoin the workforce. Beyond simply cutting off all benefits, however, the Act does little to assist their return to work. Workers unable to return to their previous physically strenuous employment because of recurrent chronic pain are not eligible for vocational rehabilitation training under the Act. Ms. Laseur, for instance, had to finance her retraining out of her own savings and by borrowing from her family, resources many injured workers likely will not have. Others, who need some accommodation in the workplace in order to remain productive despite their chronic pain, cannot request

tient compte des besoins et de la situation véritables des travailleurs souffrant d'une telle douleur. À leur avis, l'intervention médicale prompte qu'assure le programme de rétablissement fonctionnel, jumelée au retrait immédiat des avantages, est la meilleure stratégie pour hâter le retour au travail, que des études médicales ont qualifiée d'approche la plus prometteuse en matière de traitement de la douleur chronique.

Je ne puis convenir que, en ce qui concerne le deuxième facteur contextuel, les dispositions contestées tiennent suffisamment compte des besoins et de la situation des personnes souffrant de douleur chronique. Bien qu'elle indique effectivement que l'intervention prompte et le retour rapide au travail représentent l'approche la plus prometteuse en matière de traitement de la douleur chronique, la preuve médicale dont nous sommes saisis reconnaît également que, dans bien des cas, même cette approche échoue. En réalité, malheureusement, il arrive souvent que le meilleur traitement disponible n'empêche pas la douleur chronique de devenir un état permanent et débilitant. Pourtant, sous le régime de la Loi et du Règlement, les accidentés du travail qui développent une incapacité permanente due à la douleur chronique peuvent devenir incapables de gagner leur vie, sans pouvoir bénéficier d'aucune aide notamment sous forme de soins médicaux, de prestations pour incapacité permanente ou de prestations de remplacement du revenu. Cela ne saurait être compatible ni avec l'objet de la Loi ni avec la dignité essentielle de ces travailleurs.

Chez d'autres personnes, plus fortunées, il se peut que la douleur chronique ne provoque qu'une incapacité partielle, et il est normal qu'on les encourage à retourner au travail. Toutefois, hormis le retrait pur et simple de tout avantage, la Loi ne fait pas grand-chose pour encourager le retour au travail. Le travailleur incapable, en raison d'une douleur récurrente, de réintégrer son ancien poste — qui commande un effort physique important — n'est pas admissible au programme de réadaptation professionnelle prévu par la Loi. Par exemple, M^me^ Laseur a dû puiser dans ses économies et emprunter à un membre de sa famille pour se recycler, ce qui est vraisemblablement impossible pour un bon

such accommodation under the Act, unlike workers affected by virtually any other disability caused by a work-related accident. Their employer will even be exempt from the duty to re-employ them.

In my view, it simply cannot be said that the regime as its stands sufficiently corresponds to the needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain for the second contextual factor to point away from discrimination. The separate regime set up for chronic pain under the Act thus stands in sharp contrast to the one upheld by this Court in *Winko*, *supra*. In that appeal, this Court held that s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provided that, following a verdict declaring an accused not criminally responsible on account of mental disorder, a court or Review Board could direct that the accused be discharged (with or without conditions) or detained in a hospital, did not infringe the s. 15(1) rights of mentally impaired criminal defendants. In that case, the key to the finding of non-discrimination was the combination of individualized assessment and adequate treatment provided by the *Criminal Code*. As McLachlin J. stated, at paras. 88-89:

> The essence of stereotyping, as mentioned above, lies in making distinctions against an individual on the basis of personal characteristics attributed to that person not on the basis of his or her true situation, but on the basis of association with a group: *Andrews*, *supra*, at pp. 174-75; *Law*, *supra*, at para. 61. The question is whether Part XX.1 in effect operates against individual NCR accused in this way. In my view, it does not. At every stage, Part XX.1 treats the individual NCR accused on the basis of his or her actual situation, not on the basis of the group to which he or she is assigned. Before a person comes under Part XX.1, there must be an individual assessment by a trial judge based on evidence with full access to counsel and other constitutional safeguards. A person falls under Part XX.1 only if the judge is satisfied that he or she was

nombre d'accidentés du travail. D'autres personnes ne peuvent, en vertu de la Loi, demander le réaménagement de leur lieu de travail qui leur permettrait de demeurer productives malgré la douleur chronique dont elles souffrent, à la différence des travailleurs qui souffrent d'à peu près n'importe quelle autre incapacité due à un accident du travail. Leur employeur n'est même pas tenu de les réemployer.

99

À mon avis, on ne peut tout simplement pas dire que, dans son état actuel, le régime tient suffisamment compte de la situation et des besoins des accidentés du travail souffrant de douleur chronique pour qu'il soit possible de conclure à l'absence de discrimination au regard du deuxième facteur contextuel. Le régime distinct auquel la Loi assujettit les personnes souffrant de douleur chronique est donc fort différent de celui dont notre Cour a confirmé la validité dans l'arrêt *Winko*, précité. Dans cette affaire, notre Cour a statué que l'art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, voulant qu'une cour de justice ou une commission d'examen puisse ordonner la libération (conditionnelle ou inconditionnelle) de l'accusé ou sa détention dans un hôpital, dans le cas où celui-ci obtenait un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, ne portait pas atteinte aux droits que le par. 15(1) garantit aux défendeurs atteints de déficience mentale. Dans cette affaire, la conclusion de non-discrimination s'expliquait essentiellement par la combinaison — prévue par le *Code criminel* — d'une évaluation individuelle et d'un traitement approprié. Comme l'a affirmé la juge McLachlin, aux par. 88-89 :

> L'essence d'un stéréotype, comme je l'ai indiqué précédemment, consiste à faire une distinction sur la base de caractéristiques personnelles qui sont attribuées à une personne non pas à partir de sa situation véritable, mais en raison de son association avec un groupe : *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175; *Law*, précité, au par. 61. La question est de savoir si la partie XX.1 crée une telle discrimination à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. J'estime que non. À chacune des étapes, la partie XX.1 traite l'accusé non responsable criminellement selon sa situation véritable, et non en fonction du groupe auquel il est associé. Avant qu'une personne ne soit assujettie à la partie XX.1, le juge du procès doit effectuer une évaluation individuelle à partir de la preuve, tout en protégeant pleinement le droit d'être

unable to know the nature of the criminal act or that it was wrong. The assessment is based on the individual's situation. It does not admit of inferences based on group association. More importantly, the disposition of the NCR accused is similarly tailored to his or her individual situation and needs, and is subject to the overriding rule that it must always be the least restrictive avenue appropriate in the circumstances. Finally, the provision for an annual review (at a minimum) of the individual's status ensures that his or her actual situation as it exists from time to time forms the basis of how he or she is to be treated.

This individualized process is the antithesis of the logic of the stereotype, the evil of which lies in prejudging the individual's actual situation and needs on the basis of the group to which he or she is assigned. [Emphasis added.]

See also: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

On the contrary, the treatment of injured workers suffering from chronic pain under the Act is not based on an evaluation of their individual situations, but rather on the indefensible assumption that their needs are identical. In effect, the Act stamps them all with the "chronic pain" label, deprives them of a personalized evaluation of their needs and circumstances, and restricts the benefits they can receive to a uniform and strictly limited program.

100 Finally, the chronic pain provisions of the Act also differ from the welfare scheme that was challenged in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84. The impugned regulations in that case required unemployed youth under 30 years of age to take part in educational or training programmes as a condition for receiving the same level of social assistance payment available to unemployed persons aged 30 or over. The majority held that the requirement that youth participate in programs intended to improve their employment prospects did not communicate stereotypes

représenté par avocat et les autres garanties constitutionnelles. La partie XX.1 ne s'applique que lorsque le juge est convaincu que la personne n'était pas en mesure de savoir que l'acte était criminel ou mauvais. L'évaluation se fonde sur la situation personnelle de l'intéressé. Elle n'admet aucune inférence fondée sur l'association avec un groupe. Plus encore, la décision tient compte de la situation et des besoins personnels de l'accusé et, en outre, elle est assujettie à la règle primordiale selon laquelle il doit toujours s'agir de l'avenue la moins privative de liberté dans les circonstances. Enfin, l'examen qui a eu lieu (au moins) une fois l'an garantit à l'intéressé un traitement fondé sur l'évolution de sa situation personnelle évaluée périodiquement.

Ce processus individualisé est l'antithèse même de la logique du stéréotype, dont le mal consiste à préjuger de la situation et des besoins véritables de l'individu en raison du groupe auquel on l'associe. [Je souligne.]

Voir également : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

À l'opposé, le traitement que prévoit la Loi, en ce qui concerne les accidentés du travail souffrant de douleur chronique, repose non pas sur une évaluation de la situation de chacun, mais plutôt sur l'hypothèse indéfendable de l'identité de leurs besoins. Ainsi, la Loi leur appose tous l'étiquette « douleur chronique », leur refuse l'évaluation individuelle de leur situation et de leurs besoins et restreint les avantages auxquels ils ont droit à un programme uniforme et très limité.

Enfin, les dispositions de la Loi relatives à la douleur chronique diffèrent également du régime d'aide sociale attaqué dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84. Dans cette affaire, le règlement contesté obligeait les jeunes chômeurs de moins de 30 ans à participer à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail pour pouvoir toucher le montant d'aide sociale auquel avaient droit les chômeurs de 30 ans et plus. Les juges majoritaires ont statué que cette exigence que les jeunes participent à des programmes destinés à améliorer leurs

or demeaning messages about young people. The majority also held that Ms. Gosselin had not satisfied her burden of proof by establishing on a balance of probabilities that she or other class members were effectively prevented from participating in the programmes (see paras. 46-54). Since Ms. Gosselin and class members did not show that they were effectively excluded from the protection against extreme poverty afforded by the social security scheme and since the conditions for receiving the basic social assistance did not force young persons to do something that demeaned their dignity or human worth, the majority concluded that the welfare scheme was not discriminatory (see para. 52).

chances de se trouver un emploi ne véhiculait aucun stéréotype ou message dégradant à leur sujet. Les juges majoritaires ont également conclu que M^me^ Gosselin ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ou d'autres membres du groupe en question étaient effectivement empêchés de participer aux programmes (voir par. 46-54). Les juges majoritaires ont décidé que le régime d'aide sociale n'était pas discriminatoire étant donné que M^me^ Gosselin et les autres membres du groupe n'avaient pas établi qu'ils avaient effectivement été privés de la protection du régime d'aide sociale contre la pauvreté extrême, et que les conditions requises pour obtenir le montant d'aide sociale de base ne contraignaient pas les jeunes à agir d'une manière qui porterait atteinte à leur dignité ou à leur valeur en tant qu'êtres humains (voir par. 52).

In contrast to the scheme upheld in *Gosselin*, *supra*, the chronic pain regime under the Act not only removes the appellants' ability to seek compensation in civil actions, but also excludes chronic pain sufferers from the protection available to other injured workers. It also ignores the real needs of workers who are permanently disabled by chronic pain by denying them any long-term benefits and by excluding them from the duty imposed upon employers to take back and accommodate injured workers. The Act thus sends a clear message that chronic pain sufferers are not equally valued and deserving of respect as members of Canadian society. In my view, the second contextual factor clearly points towards discrimination.

101 Contrairement au régime dont la validité a été confirmée dans l'arrêt *Gosselin*, précité, celui que la Loi établit en matière de douleur chronique empêche non seulement les appelants d'intenter une action en indemnisation au civil, mais encore les personnes souffrant de douleur chronique de bénéficier de la protection offerte aux autres accidentés du travail. De plus, le régime ne tient pas compte des besoins véritables des travailleurs souffrant d'une incapacité permanente due à la douleur chronique, du fait qu'il leur refuse tout avantage à long terme et qu'il prévoit que l'obligation qui incombe à l'employeur de réemployer les accidentés du travail et de prendre des mesures d'adaptation à leur égard ne s'applique pas à eux. La Loi envoie donc le message clair que les personnes souffrant de douleur chronique n'ont pas la même valeur et ne méritent pas le même respect en tant que membres de la société canadienne. Je suis d'avis qu'il y a clairement discrimination au regard du deuxième facteur contextuel.

(iii) Ameliorative Purpose

There can be no serious argument here that the differential treatment is aimed at improving the circumstances of some other, more disadvantaged group. While some individuals in the comparator group — injured workers without chronic pain — may be more severely disabled than the appellants,

(iii) L'objet d'amélioration

102 L'on ne saurait prétendre sérieusement en l'espèce que la différence de traitement vise à améliorer la situation d'un autre groupe plus défavorisé. Même si l'incapacité de certains membres du groupe de comparaison — les accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique — peut être plus

there is no evidence that the comparator group as a class is in a more disadvantaged position than the group of injured workers suffering from chronic pain. In addition, as discussed above, the challenged provisions are inconsistent with the ameliorative purpose of the Act, as they exclude injured workers suffering from chronic pain from the normal compensation system without regard for their actual needs and circumstances, and deprive them of an opportunity to establish the validity of their individual claim on a fair basis. While the legislature's concern to efficiently allocate resources within the workers' compensation system so as to give priority to the most severe cases is laudable, it cannot serve to shield an outright failure to recognize the actual needs of an entire category of injured workers from *Charter* scrutiny. As such, there is no ameliorative purpose upon which the respondents can rely.

(iv) Nature of the Interest Affected

103 The Court of Appeal accepted the respondents' argument that the disadvantage suffered by injured workers was solely economic in nature and that the deprivation of benefits was relatively minor. First, I believe it is important to clarify the status of economic interests in the substantive discrimination context. While a s. 15(1) claim relating to an economic interest should generally be accompanied by an explanation as to how the dignity of the person is engaged, claimants need not rebut a presumption that economic disadvantage is unrelated to human dignity. In many circumstances, economic deprivation itself may lead to a loss of dignity. In other cases, it may be symptomatic of widely held negative attitudes towards the claimants and thus reinforce the assault on their dignity.

104 In my view, given the circumstances of injured workers, particularly those who may be permanently impaired by chronic pain and have no source of support other than the provincial compensation scheme, it cannot be said that the loss of financial benefits

grave que celle des appelants, rien ne prouve que le groupe de comparaison, en tant que catégorie, est dans une situation pire que le groupe des accidentés du travail souffrant de douleur chronique. De plus, comme nous l'avons vu, les dispositions contestées sont incompatibles avec l'objet d'amélioration de la Loi, du fait qu'elles empêchent les accidentés du travail souffrant de douleur chronique de bénéficier du régime normal d'indemnisation — sans égard à leur situation et à leurs besoins véritables —, et d'établir en toute équité, dans chaque cas, la validité de leur demande. Si louable que soit le souci du législateur d'effectuer, à l'intérieur du régime d'indemnisation des accidentés du travail, une répartition rationnelle des ressources qui permettra d'accorder la priorité aux cas les plus graves, il ne saurait être invoqué pour soustraire à l'examen fondé sur la *Charte* l'omission totale de reconnaître les besoins véritables de toute une catégorie d'accidentés du travail. Les intimés ne peuvent donc invoquer aucun objet d'amélioration.

(iv) La nature de l'intérêt touché

La Cour d'appel a retenu l'argument des intimés voulant que le désavantage dont sont l'objet les accidentés du travail soit de nature purement économique et que la privation d'avantages soit relativement négligeable. Premièrement, je crois qu'il importe de clarifier l'importance des intérêts économiques dans le domaine de la discrimination réelle. Quoique la demande fondée sur le par. 15(1) et portant sur des intérêts économiques doive généralement être assortie d'une explication de la façon dont la dignité de la personne est touchée, le demandeur n'a pas à réfuter une présomption que le désavantage économique n'a rien à voir avec la dignité humaine. Dans bien des cas, le dénuement économique peut lui-même entraîner une perte de dignité. Dans d'autres cas, il peut être symptomatique d'attitudes négatives largement répandues à l'endroit des demandeurs et, de ce fait, aggraver l'atteinte à leur dignité.

À mon sens, compte tenu de la situation des accidentés du travail, en particulier ceux qui souffrent d'une incapacité permanente due à la douleur chronique et qui ne disposent d'aucune autre forme d'aide que celle émanant du régime provincial

here is a trivial matter. More importantly, I cannot agree that the interest affected by the chronic pain provisions is purely, or even primarily, economic. Beyond the financial benefits at stake, injured workers suffering from chronic pain are also denied an opportunity to access the compensation scheme available to other injured workers in the province, on the basis of the nature of their disability. They are also deprived of ameliorative benefits, such as vocational rehabilitation services, medical aid and a right to accommodation, which would clearly assist them in preserving and improving their dignity by returning to work when possible. Our Court has consistently emphasized the crucial importance of work and employment as elements of essential human dignity under s. 15(1) of the *Charter*. Indeed, in the words of Bastarache J., "work is a fundamental aspect of a person's life" (*Lavoie*, *supra*, at para. 45).

Thus, far from dispelling the negative assumptions about chronic pain sufferers, the scheme actually reinforces them by sending the message that this condition is not "real", in the sense that it does not warrant individual assessment or adequate compensation. Chronic pain sufferers are thus deprived of recognition of the reality of their pain and impairment, as well as of a chance to establish their eligibility for benefits on an equal footing with others. This message clearly indicates that, in the Nova Scotia legislature's eyes, chronic pain sufferers are not equally valued as members of Canadian society.

The contextual enquiry mandated by *Law* could hardly lead to a clearer conclusion. I am of the view that a reasonable person in circumstances similar to those of the appellants, fully apprised of all the relevant circumstances and taking into account the above contextual factors, would conclude that the challenged provisions have the effect of demeaning

d'indemnisation, l'on ne saurait affirmer que la perte d'avantages pécuniaires est sans importance en l'espèce. Qui plus est, je ne puis convenir que les intérêts touchés par les dispositions relatives à la douleur chronique sont purement, voire essentiellement, économiques. Au-delà des avantages pécuniaires en jeu, les accidentés du travail souffrant de douleur chronique se voient également, en raison de la nature de leur incapacité, interdire l'accès au régime d'indemnisation dont peuvent se prévaloir les autres accidentés du travail de la province. Ils sont, en outre, privés d'avantages améliorateurs comme les services de réadaptation professionnelle, les soins médicaux et le droit à des mesures d'adaptation, qui les aideraient nettement à préserver et à accroître leur dignité en leur permettant de retourner au travail dès que possible. Notre Cour n'a pas cessé de souligner l'importance cruciale que le travail et l'emploi — en tant qu'éléments de la dignité humaine essentielle — revêtent pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*. En effet, comme l'a dit le juge Bastarache, « le travail est un élément fondamental de la vie d'une personne » (*Lavoie*, précité, par. 45).

105 En réalité, loin d'éliminer les hypothèses négatives concernant les personnes souffrant de douleur chronique, le régime contribue plutôt à les renforcer en envoyant le message que cet état n'est pas « réel », en ce sens qu'il ne justifie ni une évaluation individuelle ni une indemnisation adéquate. Il ne reconnaît donc pas la souffrance et l'incapacité qui affligent les personnes souffrant de douleur chronique, lesquelles se voient également refuser la possibilité — qu'ont tous les autres travailleurs — d'établir leur admissibilité à des avantages. Ce message indique clairement que, pour la législature de la Nouvelle-Écosse, les personnes souffrant de douleur chronique n'ont pas la même valeur en tant que membres de la société canadienne.

106 L'examen contextuel que commande l'arrêt *Law* ne pourrait guère déboucher sur une conclusion plus claire. Je suis d'avis qu'une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle des appelants et bien informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait, à la lumière des facteurs contextuels susmentionnés, que les dispositions

his or her dignity. Section 10B of the Act, as well as the FRP Regulations in their entirety, violate s. 15(1) of the *Charter*.

C. *Section 1 of the Charter*

107 The last question raised in these appeals is whether the challenged provisions, although they violate the appellants' right to equality under s. 15(1) of the *Charter*, can be saved as "reasonable limits prescribed by law" that are "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1. This question requires applying the four-step test elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and summarized by Iacobucci J. in *Egan*, *supra*, at para. 182, as follows:

> A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.
>
> (Cited with approval in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, and *Vriend*, *supra*, at para. 108.)

Under s. 1, the government must demonstrate that a limit imposed on a *Charter* right is justified in a free and democratic society. Therefore, the proper focus of enquiry under s. 1 is the limit itself. In the case at bar, the Nova Scotia government has the burden of demonstrating that the exclusion of chronic pain from the purview of the Act and the substitution of very limited, structured benefits for those normally

contestées portent atteinte à sa dignité. L'article 10B de la Loi, de même que le Règlement dans son entier, violent le par. 15(1) de la *Charte*.

C. *L'article premier de la Charte*

La dernière question que soulèvent les présents pourvois est de savoir si, bien qu'elles violent le droit à l'égalité garanti aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte*, les dispositions contestées peuvent être sauvegardées pour le motif que ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », conformément à l'article premier. Il convient, à ce propos, d'appliquer le critère à quatre volets établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que le juge Iacobucci a résumé ainsi, dans l'arrêt *Egan*, précité, par. 182 :

> L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères : (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.
>
> (Cité avec approbation dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 84, et *Vriend*, précité, par. 108.)

L'article premier oblige le gouvernement à démontrer que la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il convient donc de mettre l'accent sur la restriction elle-même. Dans la présente affaire, il appartient au gouvernement de la Nouvelle-Écosse de démontrer que cette justification s'applique à l'exclusion de la douleur chronique du champ

available under the workers' compensation system, is so justified.

The first difficulty to arise under s. 1 in this case is the ambiguity of the respondents' submissions with respect to the legislative objective pursued by the challenged provisions. Four principal concerns or objectives emerge from these submissions. The first concern is to maintain the viability of the Accident Fund set up by the Act to compensate injured workers, which has accumulated a considerable unfunded liability. Second is the need to develop a consistent legislative response to the administrative challenges raised by the processing of chronic pain claims. These challenges mostly arise from the difficulties in establishing a causal link between a workplace accident and the later development of chronic pain, as well as in assessing the degree of impairment resulting from chronic pain in particular claimants. The third concern, closely related to the first, is to avoid potential fraudulent claims based on chronic pain, which would be difficult to detect under the normal compensation system, given that no objective findings are available to support chronic pain claims. This objective is referred to in the submissions of the Attorney General of Nova Scotia, who rejects the choice made by other provinces to process chronic pain claims under the normal system on the ground that "these schemes are based on subjective findings and self-reporting which are unreliable and difficult to verify" (AGNS factum, at para. 159). The fourth and last objective is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain according to current scientific knowledge, or, as the Attorney General of Nova Scotia puts it somewhat bluntly, "to eradicate the dependency on benefits to motivate return to the workforce" (AGNS factum, at para. 148).

d'application de la Loi et au remplacement des avantages normalement prévus par le régime d'indemnisation des accidentés du travail par des avantages très limités et précis.

108 La première difficulté qui se pose en l'espèce relativement à l'article premier est l'ambiguïté des arguments des intimés concernant l'objectif visé par le législateur lors de l'adoption des dispositions contestées. Quatre soucis ou objectifs principaux se dégagent de ces arguments. Le premier objectif est d'assurer la viabilité du fonds d'indemnisation des accidentés du travail qui a été constitué en vertu de la Loi et qui comporte un passif non capitalisé considérable. Le deuxième objectif est d'apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que pose le traitement des demandes fondées sur la douleur chronique. Ces difficultés ont surtout trait à l'établissement d'un lien de causalité entre un accident du travail et l'apparition ultérieure de la douleur chronique, et à l'évaluation de l'incapacité due à la douleur chronique dont souffrent certains demandeurs. Le troisième objectif, qui est étroitement lié au premier, est d'éviter les demandes potentiellement frauduleuses qui sont fondées sur la douleur chronique et qui, en raison de l'absence de symptômes objectifs susceptibles d'étayer une demande fondée sur la douleur chronique, seraient difficiles à déceler dans le cadre du régime d'indemnisation normalement applicable. Cet objectif est mentionné dans l'argumentation du procureur général de la Nouvelle-Écosse qui rejette le choix d'autres provinces d'appliquer le régime normal aux demandes fondées sur la douleur chronique pour le motif que [TRADUCTION] « ces initiatives sont fondées sur des symptômes subjectifs et les dires de l'intéressé, qui sont peu fiables et qui sont difficiles à vérifier » (par. 159 de son mémoire). Le quatrième et dernier objectif est d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, ce qui, d'après les connaissances scientifiques actuelles, est la meilleure façon de traiter la douleur chronique ou [TRADUCTION] « d'éliminer la dépendance de l'intéressé à des avantages afin de l'inciter à retourner au travail », comme l'affirme quelque peu catégoriquement le procureur général de la Nouvelle-Écosse (par. 148 de son mémoire).

109 The first concern, maintaining the financial viability of the Accident Fund, may be dealt with swiftly. Budgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*: see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("*P.E.I. Reference*"), at para. 281; see also *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709. It has been suggested, however, that in certain circumstances, controlling expenditures may constitute a pressing and substantial objective: see *Eldridge*, *supra*, at para. 84. I find it unnecessary to decide this point for the purposes of the case at bar. Nothing in the evidence establishes that the chronic pain claims in and of themselves placed sufficient strain upon the Accident Fund to threaten its viability, or that such claims significantly contributed to its present unfunded liability. Admittedly, when a court finds the challenged legislation to be supported by another, non-financial purpose, budgetary considerations may become relevant to the minimal impairment test: see *P.E.I. Reference*, at para. 283. But at the present stage of the analysis, such a non-financial purpose remains to be identified.

110 Likewise, the second objective, developing a consistent legislative response to chronic pain claims, could not stand on its own. Mere administrative expediency or conceptual elegance cannot be sufficiently pressing and substantial to override a *Charter* right. In my view, this objective only becomes meaningful when examined with the third objective, i.e., avoiding fraudulent claims based on chronic pain. That objective is consistent with the general objective of the Act, as avoiding such claims ensures that the resources of the workers' compensation scheme are properly directed to workers who are genuinely unable to work by reason of a work-related accident. In my view, it is clearly pressing and substantial. As I believe this is the strongest s. 1 argument raised by the respondents, I will first apply the *Oakes* test to this objective. I will then briefly

Il est possible de régler rapidement la question du premier objectif, qui est d'assurer la viabilité du fonds d'indemnisation. Normalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la *Charte* : voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard* »), par. 281; voir également l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 709. Cependant, on a laissé entendre que, dans certains cas, la limitation des dépenses peut constituer un objectif urgent et réel : voir *Eldridge*, précité, par. 84. Je ne juge pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins de la présente affaire. Aucun élément de preuve n'établit que les demandes fondées sur la douleur chronique ont, à elles seules, grevé le fonds d'indemnisation au point d'en compromettre la viabilité, ou qu'elles ont sensiblement contribué au passif non capitalisé actuel. Certes, lorsqu'une cour de justice conclut que la mesure législative contestée est étayée par un autre objectif qui n'est pas financier, des considérations budgétaires peuvent être utiles pour appliquer le critère de l'atteinte minimale : voir le *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard*, par. 283. Mais à ce stade de l'analyse, l'existence d'un tel objectif non financier reste à déterminer.

De même, le deuxième objectif — apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — ne saurait tenir à lui seul. La simple commodité administrative ou élégance conceptuelle ne peut être suffisamment urgente et réelle pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Selon moi, le deuxième objectif n'a de sens que s'il est examiné de pair avec le troisième objectif, qui est d'éviter les demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique. Cet objectif est conforme à l'objet général de la Loi étant donné que le fait d'éviter pareilles demandes permet d'assurer que les ressources du régime d'indemnisation des accidentés du travail soient consacrées, comme il se doit, aux travailleurs qui sont véritablement incapables de travailler à la suite d'un accident du travail.

consider the fourth and last objective alleged by the respondents.

The challenged provisions of the Act and the FRP Regulations are rationally connected to this objective. There can be no doubt that, by excluding all claims connected to chronic pain from the purview of the Act and, in the case of workers injured after February 1, 1996, providing strictly limited benefits in the form of a four-week Functional Restoration Program, s. 10B of the Act and the FRP Regulations virtually eliminate the possibility of fraudulent claims based on chronic pain for all other types of benefits.

The same reasoning, however, makes it patently obvious that the challenged provisions do not minimally impair the equality rights of chronic pain sufferers. On the contrary, one is tempted to say that they solve the potential problem of fraudulent claims by preemptively deeming all chronic pain claims to be fraudulent. Despite the fact that chronic pain may become sufficiently severe to produce genuine and long-lasting incapacity to work, the provisions make no effort whatsoever to determine who is genuinely unable to work and who is abusing the system. As the respondents correctly point out, the government is entitled to a degree of deference in its weighing of conflicting claims, complex scientific evidence and budgetary constraints, especially given the large unfunded liability of the Accident Fund. In other words, it is not sufficient that a judge, freed from all such constraints, could imagine a less restrictive alternative. Rather, s. 1 requires that the legislation limit the relevant *Charter* right "as little as is reasonably possible" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772, *per* Dickson C.J.). However, even a brief examination of the possible alternatives, including the chronic pain regimes adopted in other provinces, clearly reveals that the wholesale exclusion of chronic pain cannot

À mon avis, il s'agit là manifestement d'un objectif urgent et réel. Étant donné que je considère qu'il s'agit de l'argument le plus solide que les intimés ont avancé relativement à l'article premier, je vais commencer par appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* à cet objectif, pour ensuite examiner brièvement le quatrième et dernier objectif qu'ils ont allégué.

111 Il existe un lien rationnel entre cet objectif, d'une part, et le Règlement et les dispositions contestées de la Loi, d'autre part. Il ne fait aucun doute qu'en excluant du champ d'application de la Loi toutes les demandes liées à la douleur chronique et en prévoyant, pour les travailleurs ayant subi une lésion après le 1er février 1996, des avantages très limités sous forme de programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, l'art. 10B de la Loi et le Règlement écartent pour ainsi dire toute possibilité que des demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique soient présentées pour tous les autres types d'avantages.

112 Or, suivant le même raisonnement, il est bien évident que les dispositions contestées ne portent pas le moins possible atteinte aux droits à l'égalité des personnes souffrant de douleur chronique. Au contraire, l'on serait tenté de dire que la solution qu'elles apportent au problème potentiel des demandes frauduleuses consiste à présumer d'avance que toutes les demandes fondées sur la douleur chronique sont frauduleuses. En dépit du fait que la douleur chronique peut s'aggraver au point d'engendrer une véritable incapacité de travailler pendant une longue période, le législateur ne tente nullement, dans les dispositions en cause, de déterminer qui est vraiment incapable de travailler et qui abuse du système. Comme les intimés le font observer à juste titre, le gouvernement a droit à une certaine déférence lorsqu'il soupèse des allégations contradictoires, des données scientifiques complexes et des contraintes budgétaires, compte tenu, en particulier, de l'ampleur du passif non capitalisé du fonds d'indemnisation. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'un juge, libre de toutes ces contraintes, puisse concevoir une solution de rechange moins restrictive. L'article premier prévoit plutôt que la mesure législative doit restreindre le droit constitutionnel en cause « aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire »

conceivably be considered a minimum impairment of the rights of injured workers suffering from this disability.

113 The general compensation scheme under the Act already provides that benefits may be limited, suspended or discontinued if the worker fails to mitigate losses, does not comply with medical advice, or fails to provide the Board with full and accurate information regarding his or her claim (ss. 84 and 113 of the Act). The adaptability of the system is illustrated by the approaches adopted by other provinces such as Alberta, British Columbia, Quebec and Ontario. These provinces all provide compensation for chronic pain within their respective workers' compensation regimes, in some cases by adapting the assessment method to the reality of chronic pain so as to evaluate accurately each claimant's level of impairment. This general approach is supported by considerable scientific evidence commissioned by the relevant workers' compensation boards and introduced in evidence before this Court. See *Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels* (2000), which concludes that "[i]t would be difficult to support, on the basis of the existing scientific evidence, any limitation of benefits for chronic pain disability" (p. 5). Difficulties in establishing a causal link between a work-related injury and later development of chronic pain are also adequately handled within the scope of the general compensation system in these provinces: see *Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*, *supra*; Dr. T. J. Murray, *Chronic Pain* (1995), prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia, App. B; Association of Workers' Compensation Boards of Canada, *Compensating for Chronic Pain — 2000* (2000). In addition, courts faced with tort claims for chronic pain have also developed approaches that do not rely on blanket exclusion: see, e.g., *White v. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321 (C.A.); *Marinelli v. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56 (C.A.). Even recognizing the Nova Scotia

(*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772, le juge en chef Dickson). Toutefois, même un bref examen des autres solutions possibles, y compris les régimes applicables en matière de douleur chronique que d'autres provinces ont adoptés, révèle clairement que l'exclusion générale de la douleur chronique ne peut certes pas être considérée comme une atteinte minimale aux droits des accidentés du travail qui en souffrent.

Le régime général d'indemnisation établi par la Loi prévoit déjà que la prestation des avantages peut être limitée, suspendue ou interrompue si le travailleur omet de limiter ses pertes, de suivre un conseil médical ou de communiquer à la commission des renseignements complets et exacts au sujet de sa demande (art. 84 et 113 de la Loi). Les approches adoptées par d'autres provinces comme l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Québec et l'Ontario, illustrent l'adaptabilité du régime. Ces provinces prévoient toutes l'indemnisation de la douleur chronique dans leurs régimes respectifs d'indemnisation des accidentés du travail, en adaptant, dans certains cas, le mode d'évaluation en fonction de la douleur chronique éprouvée de manière à pouvoir évaluer exactement l'incapacité de chaque demandeur. Cette approche générale est étayée par les nombreuses études scientifiques commandées par les commissions des accidents du travail compétentes et déposées en preuve devant notre Cour. Voir *Chronic Pain Initiative : Report of the Chair of the Chronic Pain Panels* (2000), où l'on conclut qu'[TRADUCTION] « [i]l serait difficile de justifier, à partir des données scientifiques existantes, toute limitation des avantages que peuvent obtenir les personnes souffrant d'une incapacité due à la douleur chronique » (p. 5). Dans ces provinces, le régime général d'indemnisation règle aussi, de manière adéquate, les difficultés d'établir un lien de causalité entre une lésion liée au travail et l'apparition ultérieure de la douleur chronique : voir *Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*, *op. cit.*; Dr T. J. Murray, *Chronic Pain* (1995), préparé pour la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse, ann. B; Association des commissions des accidents du travail du Canada, *Compensating for Chronic Pain — 2000* (2000). En outre, les tribunaux saisis d'actions en responsabilité délictuelle fondées sur la douleur

legislature's constitutional entitlement to select from a range of acceptable policy options, it is impossible to conclude that the blanket exclusion it enacted was necessary to achieve a principled response to chronic pain and avoid fraudulent claims.

chronique ont conçu des approches qui ne reposent pas sur une exclusion générale : voir, par exemple, *White c. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321 (C.A.); *Marinelli c. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56 (C.A.). Tout en reconnaissant que la Constitution autorisait la législature de la Nouvelle-Écosse à faire un choix parmi une gamme de politiques générales acceptables, l'on ne saurait conclure que l'exclusion générale qu'elle a décrétée s'imposait pour régler, d'une manière fondée sur des principes, les difficultés posées par les demandes fondées sur la douleur chronique et pour éviter les demandes frauduleuses à cet égard.

Since I conclude that the challenged provisions cannot survive the third stage of the *Oakes* test on the basis of this objective, it is unnecessary to consider the general proportionality stage.

Vu ma conclusion que les dispositions contestées ne peuvent pas, compte tenu de cet objectif, résister au troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes*, il est inutile de passer au volet de la proportionnalité générale. 114

What of the last objective, which is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain? First, a cautionary note. In my view, when a legislative provision that draws a distinction based on disability is found not to correspond to the needs and circumstances of the claimants to such a degree that it demeans their essential human dignity, the government will face a steep evidentiary burden if it chooses to allege that the provision is rationally connected to the objective of providing the best available treatment to such claimants.

Qu'en est-il du dernier objectif, qui est d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique? Premièrement, une mise en garde s'impose. Je suis d'avis que, lorsqu'il est jugé qu'une disposition législative établissant une distinction fondée sur une déficience tient si peu compte des besoins et de la situation des demandeurs qu'elle porte atteinte à leur dignité essentielle, le gouvernement devra s'acquitter d'une lourde charge de preuve s'il décide d'alléguer l'existence d'un lien rationnel entre cette disposition et l'objectif visant à offrir le meilleur traitement possible à ces demandeurs. 115

This being said, assuming, without deciding the point, that the objective of early return to work is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, I am of the view that they fail the minimum impairment and general proportionality tests. While the report commissioned from Dr. T. J. Murray by the Board concludes that early intervention and return to work together constitute the best available treatment for work-related chronic pain, nowhere does that report recommend an automatic cut-off of benefits such as the one adopted by the Nova Scotia legislature. No other evidence indicates that an automatic cut-off of

Cela dit, à supposer, sans le décider, que l'objectif du retour rapide au travail soit urgent et réel et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, j'estime que les critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité générale ne sont pas respectés. Bien que, dans le rapport commandé au D[r] T. J. Murray par la commission, on arrive à la conclusion que l'intervention médicale prompte et le retour rapide au travail constituent la meilleure façon de traiter la douleur chronique liée au travail, nulle part dans ce rapport recommande-t-on un retrait automatique des avantages comme celui prévu par la législature de la Nouvelle-Écosse. Aucun autre élément 116

benefits regardless of individual needs and circumstances is necessary to achieve the stated goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights to re-employment and accommodation. It cannot be seriously countenanced that the challenged measures are minimally impairing of the s. 15(1) right. Moreover, as discussed above, the legislation deprives workers whose chronic pain does not improve as a result of early medical intervention and return to work from receiving any benefits beyond the four-week Functional Restoration Program. Others, like Ms. Laseur, are not even admissible to this program because of the date of their injuries. The deleterious effects of the challenged provisions on these workers clearly outweigh their potential beneficial effects.

117 I conclude that the challenged provisions are not reasonably justified under s. 1 of the *Charter*.

VI. Conclusion

118 I would allow the appeals. Section 10B of the Act and the FRP Regulations in their entirety infringe s. 15(1) of the *Charter*, and the infringement is not justified under s. 1. It follows that the challenged provisions are inconsistent with the Constitution and are of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Since these appeals have been funded by the Workers Advisers Program established under Part III of the *Workers' Compensation Act*, no order for costs has been requested by the appellants.

119 As the appellants point out, the policies that used to provide for individualized assessment of impairment in chronic pain cases have been repealed following the enactment of the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations. Therefore, giving immediate effect to the declara-

de preuve n'indique que le retrait automatique des avantages, peu importe les besoins et la situation de l'intéressé, est nécessaire à la réalisation de l'objectif déclaré. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation. L'on ne saurait sérieusement admettre que les mesures contestées portent le moins possible atteinte au droit garanti par le par. 15(1). De plus, comme nous l'avons vu, aux termes de la mesure législative en cause, les travailleurs souffrant de douleur chronique, dont l'état ne s'améliore pas à la suite d'une intervention médicale prompte et d'un retour rapide au travail, cessent d'avoir droit à des avantages après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines. D'autres personnes, comme M^me^ Laseur, ne sont même pas admissibles à ce programme à cause de la date à laquelle elles ont subi leurs lésions. Les effets préjudiciables des dispositions contestées sur ces travailleurs l'emportent clairement sur leurs effets bénéfiques éventuels.

Je conclus que les dispositions contestées ne sont pas raisonnablement justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*.

VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois. L'article 10B de la Loi et le Règlement dans son entier violent le par. 15(1) de la *Charte*, et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Il s'ensuit que les dispositions contestées sont incompatibles avec la Constitution et, de ce fait, inopérantes en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Vu que les présents pourvois ont été financés par le Workers Advisers Program établi en vertu de la partie III de la *Workers' Compensation Act*, les appelants n'ont pas sollicité de dépens.

Comme le soulignent les appelants, les politiques qui prévoyaient une évaluation individuelle de l'incapacité des personnes souffrant de douleur chronique ont été abrogées après l'adoption du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. Par conséquent, donner immédiatement effet

tion of invalidity of these provisions could result in prejudice to injured workers affected by chronic pain, as the Board would then have no specific policies or provisions to rely on in such cases. While some default or residuary provisions of the Act and of the FRP Regulations as well as policies of the Board might apply, the results would likely be inconsistent, given the considerable discretion which would be left to the Board in chronic pain cases. The default rules might even prevent certain chronic pain sufferers from receiving any benefits, as was the case for Ms. Laseur. Allowing the challenged provisions to remain in force for a limited period of time would preserve the limited benefits of the current program until an appropriate legislative response to chronic pain can be implemented. Therefore, as the appellants requested, it is reasonable to postpone the general declaration of invalidity for six months from the date of this judgment: see *Schachter*, *supra*.

à la déclaration d'invalidité de ces dispositions risquerait de causer un préjudice aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique, étant donné que la commission ne pourrait alors s'appuyer sur aucune politique ou disposition précise. La possibilité d'appliquer certaines dispositions supplétives ou résiduaires de la Loi et du Règlement et certaines politiques de la commission donnerait vraisemblablement lieu à des résultats incohérents vu le pouvoir discrétionnaire considérable dont la commission serait toujours investie dans les dossiers ayant trait à douleur chronique. Les règles supplétives pourraient même empêcher complètement des personnes souffrant de douleur chronique d'obtenir des avantages, comme dans le cas de M^me^ Laseur. Permettre que les dispositions contestées continuent de s'appliquer pendant une période déterminée contribuerait à maintenir les avantages limités du programme actuel jusqu'à ce qu'une solution législative appropriée puisse être apportée aux difficultés que posent les demandes fondées sur la douleur chronique. Il est donc raisonnable de faire droit à la demande des appelants et d'ordonner que la déclaration générale d'invalidité ne prenne effet que dans six mois à compter de la date du présent jugement : voir l'arrêt *Schachter*, précité.

This postponement, of course, does not affect the appellants' cases. Mr. Martin is clearly entitled to the benefits he has been claiming, as the challenged provisions stood as the only obstacle to his claims. I would thus reinstate the judgment rendered by the Appeals Tribunal in the Martin case on January 31, 2000.

Il va sans dire que ce report ne change rien à la situation des appelants. Monsieur Martin a manifestement droit aux prestations qu'il réclame, étant donné que les dispositions contestées constituaient le seul obstacle à leur versement. Je suis donc d'avis de rétablir le jugement que le tribunal d'appel a rendu à son sujet le 31 janvier 2000. 120

The Appeals Tribunal, however, refused to grant permanent impairment benefits to Ms. Laseur because she did not challenge the constitutionality of the applicable guidelines, which attributed a permanent impairment rating of 0 percent to her injuries. In my view, it is appropriate to return Ms. Laseur's case to the Board for reconsideration on the basis of the subsisting provisions of the Act and the applicable regulations and policies. I note that, if Ms. Laseur elects to raise the constitutionality of the permanent impairment guidelines, the Board will be obliged to consider

Toutefois, le tribunal d'appel a refusé d'accorder à M^me^ Laseur des prestations pour incapacité permanente parce qu'elle ne contestait pas la constitutionnalité des lignes directrices applicables, au regard desquelles elle ne souffrait d'aucune incapacité permanente. Il convient selon moi de renvoyer le dossier de M^me^ Laseur à la commission pour qu'elle le réexamine à la lumière des dispositions subsistantes de la Loi, ainsi que du règlement et des politiques applicables. Je souligne que, si M^me^ Laseur décide de soulever la question de la constitutionnalité des lignes directrices en matière 121

and decide the issue in accordance with the present reasons.

122 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question # 1 is yes, does such infringement constitute a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

APPENDIX

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10

10A In this Act, "chronic pain" means pain

(a) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain; or

(b) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain,

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed.

10B Notwithstanding this Act, Chapter 508 of the Revised Statutes, 1989, or any of its predecessors, the *Interpretation Act* or any other enactment,

(a) except for the purpose of Section 28, a personal injury by accident that occurred on or after

d'incapacité permanente, la commission devra l'examiner et la trancher conformément aux présents motifs.

Je suis d'avis de répondre de la manière suivante aux questions constitutionnelles :

1. L'article 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, dans sa version modifiée, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, portent-ils atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

ANNEXE

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10

[TRADUCTION]

10A Dans la présente loi, « douleur chronique » s'entend de la douleur

a) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou

b) disproportionnée au type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l'emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n'est pas guérie.

10B Malgré les dispositions de la présente loi, chapitre 508 des *Revised Statutes* de 1989, ou des lois qui l'ont précédée, de l'*Interpretation Act* ou de tout autre texte législatif,

a) sauf pour l'application de l'article 28, une lésion corporelle causée par un accident survenu le 23

March 23, 1990, and before February 1, 1996, is deemed never to have included chronic pain;

(b) a personal injury by accident that occurred before February 1, 1996, is deemed never to have created a vested right to receive compensation for chronic pain;

(c) no compensation is payable to a worker in connection with chronic pain, except as provided in this Section or in Section 10E or 10G or, in the case of a worker injured on or after February 1, 1996, as provided in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations contained in Order in Council 96-207 made on March 26, 1996, as amended from time to time and, for greater certainty, those regulations are deemed to have been validly made pursuant to this Act and to have been in full force and effect on and after February 1, 1996.

10E Where a worker

(a) was injured on or after March 23, 1990, and before February 1, 1996;

(b) has chronic pain that commenced following the injury referred to in clause (a); and

(c) as of November 25, 1998, was in receipt of temporary earnings-replacement benefits; or

(d) as of November 25, 1998, had a claim under appeal

(i) for reconsideration,

(ii) to a hearing officer,

(iii) to the Appeals Tribunal, or

(iv) to the Nova Scotia Court of Appeal,

or whose appeal period with respect to an appeal referred to in subclauses (i) to (iv) had not expired,

the Board shall pay to the worker a permanent-impairment benefit based on a permanent medical impairment award of twenty-five per cent multiplied by fifty per cent, and an extended earnings replacement benefit, if payable pursuant to Sections 37 to 49, multiplied by fifty per cent and any appeal referred to in clause (d) is null and void regardless of the issue or issues on appeal.

185 (1) Subject to the rights of appeal provided in this Act, the Board has exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part, and any decision, order or ruling of the Board on the question is final and

mars 1990 ou après cette date, mais avant le 1er février 1996, est réputée n'avoir jamais comporté une douleur chronique;

b) la lésion corporelle causée par un accident survenu avant le 1er février 1996 est réputée n'avoir jamais engendré un droit acquis à l'indemnisation de la douleur chronique;

c) nul travailleur n'a droit à une indemnisation liée à la douleur chronique, sauf dans la mesure prévue par la présente disposition ou par les articles 10E ou 10G ou, dans le cas d'un travailleur ayant subi une lésion lors d'un accident survenu le 1er février 1996 ou après cette date, par le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, décret 96-207 pris le 26 mars 1996, et ses modifications, et il est entendu que ce règlement pris en vertu de la présente loi est réputé valide ainsi que pleinement opérant depuis le 1er février 1996.

10E Lorsqu'un travailleur

a) a subi une lésion le 23 mars 1990 ou après cette date, mais avant le 1er février 1996,

b) souffre de douleur chronique depuis qu'il a subi la lésion mentionnée à l'alinéa a), et

c) touchait, le 25 novembre 1998, des prestations temporaires de remplacement du revenu ou

d) avait présenté une demande qui, le 25 novembre 1998, faisait l'objet d'un appel

(i) visant à obtenir une révision,

(ii) devant un agent enquêteur,

(iii) devant le tribunal d'appel ou

(iv) devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse,

ou dont le délai imparti pour interjeter l'appel mentionné aux sous-alinéas (i) à (iv) n'était pas expiré,

la commission lui verse des prestations calculées en fonction d'une incapacité médicale permanente de vingt-cinq pour cent multiplié par cinquante pour cent, ainsi que des prestations supplémentaires de remplacement du revenu si elles sont payables en vertu des articles 37 à 49, multipliées par cinquante pour cent, et tout appel mentionné à l'alinéa d) est nul et sans effet, peu importe la ou les questions portées en appel.

185 (1) Sous réserve des droits d'appel prévus dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie, et toute décision ou ordonnance qu'elle rend est

conclusive and is not subject to appeal, review or challenge in any court.

252 (1) The Appeals Tribunal may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer.

Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96

2 In these regulations,

. . .

(b) "chronic pain" means pain

(i) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered, or otherwise predated the pain, or

(ii) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered, or otherwise predated the pain;

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed;

. . .

3 (1) Chronic pain is included in the operation of Part I of the Act, subject to the terms and conditions set out in these regulations.

(2) For greater certainty, except as provided in these regulations, chronic pain is and is deemed always to have been excluded from the operation of Part I of the Act, and no compensation is payable in connection with chronic pain except in accordance with these regulations.

4 There is hereby established a program of the Board known as the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program.

5 A worker may be designated by the Board as a participant in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program if

(a) the worker is suffering from chronic pain; and

définitive et péremptoire et ne peut pas faire l'objet d'un appel, d'un contrôle ou d'une contestation en justice.

252 (1) Le tribunal d'appel peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d'un agent enquêteur.

Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96

[TRADUCTION]

2 Dans le présent règlement,

. . .

b) « douleur chronique » s'entend de la douleur

(i) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou

(ii) disproportionnée au type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l'emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n'est pas guérie;

. . .

3 (1) La partie I de la Loi s'applique à la douleur chronique, sous réserve des modalités prévues dans le présent règlement.

(2) Il est entendu que, sous réserve des dispositions du présent règlement, la partie I de la Loi ne s'applique pas et est réputée ne s'être jamais appliquée à la douleur chronique, et aucune indemnité n'est payable pour la douleur chronique, si ce n'est conformément au présent règlement.

4 Le présent règlement crée le programme de la commission appelé Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program.

5 La commission peut désigner un travailleur pour qu'il participe au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

a) le travailleur souffre de douleur chronique;

(b) the worker has, at the time of designation, a loss of earnings subsequent to a compensable injury and identifies pain and pain-related symptoms as the reason for the loss of earnings.

6 No worker may be designated as a participant in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program if more than twelve months have elapsed since the worker's date of injury.

7 (1) Participation in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program is limited to four weeks.

(2) During a worker's participation in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program, the worker is eligible to receive a benefit equal to the amount of temporary earnings-replacement benefits the worker would have received if the worker were eligible for temporary earnings-replacement benefits.

8 (1) These regulations apply to all decisions, orders or rulings made pursuant to the Act on or after February 1, 1996.

(2) For greater certainty, these regulations apply to any decision, order or ruling made on or after February 1, 1996, concerning eligibility for compensation or the calculation or re-calculation of an amount of compensation.

(3) Despite subsections (1) and (2), where a decision, order or ruling was made by the Board or the Appeal Board before February 1, 1996, finding that a worker has a permanent impairment in connection with chronic pain but not fixing the worker's permanent-impairment rating, a rating shall be awarded pursuant to Section 34 and compensation may be paid accordingly pursuant to Sections 226, 227 or 228 of the Act, as the case may be.

(4) Despite subsections (1) and (2), where a decision, order or ruling was made by the Board or the Appeal Board before February 1, 1996, fixing a worker's permanent-impairment rating, the rating is deemed to be the rating to which the worker is entitled and compensation shall be paid accordingly pursuant to Sections 226, 227 or 228 of the Act, as the case may be.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellants: Workers' Advisers Program, Halifax.

b) au moment de la désignation, le travailleur subit une perte de revenu à la suite d'une lésion donnant ouverture à indemnisation et attribue cette perte de revenu à la douleur et aux symptômes qui y sont associés.

6 Un travailleur ne peut être désigné pour participer au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program si plus de 12 mois se sont écoulés depuis qu'il a subi sa lésion.

7 (1) La durée maximale de la participation au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program est de quatre semaines.

(2) Pendant qu'il participe au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program, le travailleur peut toucher des prestations équivalant au montant des prestations temporaires de remplacement du revenu qui lui auraient été versées s'il avait été admissible à ces prestations.

8 (1) Le présent règlement s'applique à toute décision ou ordonnance rendue conformément à la Loi le 1er février 1996 ou après cette date.

(2) Il est entendu que le présent règlement s'applique à toute décision ou ordonnance rendue le 1er février 1996, ou après cette date, au sujet de l'admissibilité à une indemnité, ou du calcul ou du nouveau calcul d'un montant d'indemnité.

(3) En dépit des paragraphes (1) et (2), lorsque, dans une décision ou une ordonnance rendue avant le 1er février 1996, la commission ou le tribunal d'appel a conclu, sans fixer le taux d'incapacité permanente, qu'un travailleur souffre d'une incapacité permanente liée à la douleur chronique, cette incapacité permanente est évaluée conformément à l'article 34 et une indemnité peut être versée en conséquence, conformément aux articles 226, 227 ou 228 de la Loi, selon le cas.

(4) En dépit des paragraphes (1) et (2), lorsque, dans une décision ou une ordonnance rendue avant le 1er février 1996, la commission ou le tribunal d'appel évalue l'incapacité permanente, cette évaluation est réputée être celle qui s'applique au travailleur, et une indemnité est versée en conséquence, conformément aux articles 226, 227 ou 228 de la Loi, selon le cas.

Pourvois accueillis.

Procureurs des appelants : Workers' Advisers Program, Halifax.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Board of Nova Scotia: Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the intervener the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal: Merrick Holm, Halifax.

Solicitor for the intervener the Ontario Network of Injured Workers Groups: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse : Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs de l'intervenant Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse : Merrick Holm, Halifax.

Procureur de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups : Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenante Workers' Compensation Board de l'Alberta : Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

Attorney General of British Columbia and Ministry of Forests *Appellants*

v.

Thomas Paul *Respondent*

and

Forest Appeals Commission, Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and First Nations Summit *Interveners*

INDEXED AS: PAUL *v.* BRITISH COLUMBIA (FOREST APPEALS COMMISSION)

Neutral citation: 2003 SCC 55.

File No.: 28974.

Hearing and judgment: June 11, 2003.

Reasons delivered: October 3, 2003.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Indians — Forestry — Whether province can constitutionally confer on administrative tribunal power to determine questions of aboriginal rights and title as they arise in course of tribunal's duties — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Administrative law — Forest Appeals Commission — Jurisdiction — Aboriginal rights — Whether Forest Practices Code confers on Commission power to decide existence of aboriginal rights or title — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.

Procureur général de la Colombie-Britannique et ministère des Forêts *Appelants*

c.

Thomas Paul *Intimé*

et

Forest Appeals Commission, procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et First Nations Summit *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PAUL *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (FOREST APPEALS COMMISSION)

Référence neutre : 2003 CSC 55.

N° du greffe : 28974.

Audition et jugement : 11 juin 2003.

Motifs déposés : 3 octobre 2003.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Indiens — Ressources forestières — Une province peut-elle investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans l'accomplissement de sa mission? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit administratif — Forest Appeals Commission — Compétence — Droits ancestraux — Le Forest Practices Code habilite-t-il la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux? — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

The B.C. Ministry of Forestry seized four logs in the possession of P, a registered Indian, who planned to use the wood to build a deck on his home. P asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification and, accordingly, s. 96 of the *Forest Practices Code*, a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that P had contravened s. 96. P appealed to the Forest Appeals Commission, which decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. The B.C. Supreme Court concluded that the Legislature of B.C. had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code. A majority of the Court of Appeal set aside the decision, holding that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context.

Held: The appeal should be allowed.

The province has legislative competence to endow an administrative tribunal with capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. The parties conceded that the Code is, in its entirety, valid provincial legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, and there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence. As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Under the doctrine of incidental effects, it is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament. While, through operation of the doctrine

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

Le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d'arbre que P, un Indien inscrit, avait en sa possession et qu'il comptait utiliser pour construire une terrasse chez lui. P a fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l'art. 96 du *Forest Practices Code*, qui établit une interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que P avait enfreint l'art. 96. P a interjeté appel devant la Forest Appeals Commission qui a décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait validement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code. La Cour d'appel à la majorité a annulé cette décision en concluant que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La province a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Les parties ont reconnu que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide relative à l'exploitation, à la conservation et à la gestion des ressources forestières de la province, et personne n'a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d'en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la règle des effets accessoires, la Constitution permet qu'une loi

of interjurisdictional immunity, the "core" of Indianness is protected from provincial laws of general application, the Commission's enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. The effect of the Code is to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. The doctrine of interjurisdictional immunity relates to the exercise of legislative powers — that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. The majority of the Court of Appeal erred in applying the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which is also a creature of provincial legislation. Boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial, in applying their enabling legislation.

A determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights. First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend, or extinguish aboriginal rights. Second, the Commission's decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as for constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission's rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review.

provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement. Bien qu'en vertu du principe de l'exclusivité des compétences, « l'essentiel » de l'indianité soit à l'abri des lois provinciales d'application générale, les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. Le Code a pour effet d'obliger les Indiens accusés d'une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d'abord devant la commission plutôt que devant un juge d'une cour supérieure. Il n'a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu'Indiens. Le principe de l'exclusivité des compétences concerne l'exercice des compétences législatives, c'est-à-dire le pouvoir d'une province d'appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en appliquant le principe de l'exclusivité des compétences dans le contexte d'une fonction juridictionnelle et non législative. La conclusion qu'un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l'architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu'une cour provinciale qui est aussi une création de la loi provinciale. En appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables.

La décision d'un tribunal administratif comme la commission est très différente à la fois de l'extinction d'un droit et de l'exercice d'une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux. Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n'éteint pas des droits ancestraux. Deuxièmement, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l'art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d'une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte.

To determine if a tribunal has the power to apply the Constitution, including s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the concomitant jurisdiction to interpret or decide the question at issue in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, and practical considerations will not suffice generally to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. Here, the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters and to hear P's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home. Section 131(8) of the Code permits a party to "make submissions as to facts, law and jurisdiction". The Commission thus has the power to determine questions of law and nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law. The nature of the appeal does not prohibit the Commission from hearing a s. 35 argument. Even if the Administrative Review Panel has no jurisdiction to determine a s. 35 question, the Commission is not restricted to the issues considered by that board. Lastly, any restriction on the Commission's remedial powers is not determinative of its jurisdiction to decide s. 35 issues, nor is the complexity of the questions.

Pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la Constitution, y compris l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. Il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l'art. 35 de celui de se prononcer sur d'autres questions de droit constitutionnel, et en général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. En l'espèce, la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières et d'entendre le moyen de défense de P voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison. Le paragraphe 131(8) du Code permet à une partie de « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc le pouvoir de trancher des questions de droit et rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone. Il n'est pas interdit à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté. Bien que le comité de révision administrative n'ait pas compétence pour trancher une question relative à l'art. 35, la commission n'est pas obligée de s'en tenir uniquement aux questions examinées par ce comité. Enfin, une limitation des pouvoirs de la commission d'accorder une réparation n'est pas déterminante en ce qui concerne sa compétence pour trancher des questions relatives à l'art. 35, pas plus que ne l'est la complexité des questions.

Cases Cited

Applied: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; **arrêts mentionnés :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité*

1 S.C.R. 206; *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; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Statutes and Regulations Cited

Bill 69, *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003*, 4th Sess., 37th Parl., British Columbia, 2003 (date of first reading, May 29, 2003).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1).

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92A(1)(*b*), 96.

Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.

Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, c. 69 [not yet in force], ss. 77, 80, 82.

Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, ss. 96, 130 to 141, 131(8).

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, c. 241.

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1.

Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492.

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48.

du travail), [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *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; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1).

Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, ch. 69 [non encore en vigueur], art. 77, 80, 82.

Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96, 130 à 141, 131(8).

Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, ch. 241.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92A(1)*b*), 96.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88. —

Projet de loi 69, *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003*, 4e sess., 37e lég., Colombie-Britannique, 2003 (date de première lecture, 29 mai 2003).

Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 492.

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl., May 29, 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, supplementary reasons (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, allowing an appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Appeal allowed.

Timothy P. Leadem, *Q.C.*, and *Kathryn Kickbush*, for the appellants.

M. Hugh G. Braker, *Q.C.*, and *Robert C. Freedman*, for the respondent.

T. Murray Rankin, *Q.C.*, and *Mark G. Underhill*, for the intervener the Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor and *Peter Southey*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, nº 7, 4e sess., 37e lég., 29 mai 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, motifs supplémentaires (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, qui a accueilli un appel interjeté contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Pourvoi accueilli.

Timothy P. Leadem, *c.r.*, et *Kathryn Kickbush*, pour les appelants.

M. Hugh G. Braker, *c.r.*, et *Robert C. Freedman*, pour l'intimé.

T. Murray Rankin, *c.r.*, et *Mark G. Underhill*, pour l'intervenante Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor et *Peter Southey*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Written submissions only by *Kurt J. W. Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

These are the reasons following the decision of the Court on June 11, 2003 to allow the appeal. In August 1995, an official in the British Columbia Ministry of Forestry seized four logs in the possession of Thomas Paul, a registered Indian. Mr. Paul had cut three trees and found the fourth, and planned to use the wood to build a deck on his home. Mr. Paul asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification, and accordingly that s. 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 ("Code"), a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that Mr. Paul had contravened s. 96. Mr. Paul then appealed to the Forest Appeals Commission ("Commission"). No one disputes these facts.

The issue in dispute is whether the Commission has jurisdiction to hear Mr. Paul's defence that he cut the trees and possessed the logs in the exercise of his aboriginal rights. To this point, Mr. Paul has asserted his right but never attempted to prove it. The issue is not whether provincial legislation can override an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As the submissions by the parties and the interveners show, the question is of great significance both to aboriginal persons and to provincial governments, which enable administrative tribunals to address a

Argumentation écrite seulement par *Kurt J. W. Sandstrom*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, pour l'intervenant First Nations Summit.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Aperçu

Voici les motifs qui suivent la décision d'accueillir le pourvoi que la Cour a rendue le 11 juin 2003. En août 1995, un fonctionnaire du ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d'arbre que Thomas Paul, un Indien inscrit, avait en sa possession. Monsieur Paul avait coupé trois arbres et en avait trouvé un quatrième, et il comptait les utiliser pour construire une terrasse chez lui. Monsieur Paul a fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l'art. 96 de la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159 (« Code »), qui établit une interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que M. Paul avait enfreint l'art. 96. Ce dernier a alors interjeté appel devant la Forest Appeals Commission (« commission »). Personne ne conteste ces faits. 1

La question est de savoir si la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul selon lequel il a coupé les arbres et avait les troncs d'arbre en sa possession dans l'exercice de ses droits ancestraux. Jusqu'à maintenant, M. Paul a invoqué son droit sans toutefois jamais tenter d'en faire la preuve. Il ne s'agit pas ici de savoir si une mesure législative provinciale peut supprimer un droit ancestral reconnu et confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme en témoignent l'argumentation des parties et des intervenants, la question revêt une grande 2

vast diversity of issues that may encompass s. 35 rights.

3 The Commission had decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. In the Supreme Court of British Columbia, Mr. Paul moved, under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, for an order for *certiorari* quashing the preliminary decision of the Commission and an order of prohibition preventing the Commission from considering and determining questions relative to his aboriginal rights. Pitfield J., the chambers judge, concluded that the Legislature of British Columbia had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code: (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal: (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Lambert J.A. concluded that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context. Huddart J.A., dissenting, held that an administrative decision maker must be able to decide questions of aboriginal rights necessary to the exercise of its statutory authority. Specifically, she held that the Commission had capacity to hear and decide the issues in relation to Mr. Paul's aboriginal rights.

4 In the hearing before this Court, all parties conceded the general validity of the Code and of the Legislature's power to create the Commission. The Code, a law of general application, is clearly legislation in relation to the development, conservation and management of forestry resources in the

importance tant pour les autochtones que pour les gouvernements provinciaux, qui habilitent des tribunaux administratifs à examiner une grande variété de questions pouvant englober les droits visés à l'art. 35.

La commission avait décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, M. Paul s'est fondé sur la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, pour solliciter une ordonnance de *certiorari* annulant la décision préliminaire de la commission, ainsi qu'une ordonnance de prohibition empêchant la commission d'examiner et de trancher des questions relatives à ses droits ancestraux. Le juge Pitfield, siégeant en chambre, a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait validement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code : (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel : (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Le juge Lambert a conclu que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières. La juge Huddart, dissidente, a décidé que toute instance décisionnelle administrative doit être compétente pour trancher des questions de droits ancestraux quand cela est nécessaire à l'exercice du pouvoir dont l'investit la loi. Plus précisément, elle a conclu que la commission avait compétence pour entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux de M. Paul.

À l'audience devant notre Cour, toutes les parties ont reconnu la validité générale du Code et du pouvoir de la législature de créer la commission. Le Code, qui est un texte législatif d'application générale, concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources

province under s. 92A(1)(*b*) of the *Constitution Act, 1867*. Within the Code, ss. 130 to 141 regulate the appeals process for all persons, rather than singling out Indians or any other group.

There are two prongs to the respondent's challenge to the jurisdiction of the Commission. The first is that the Legislature of British Columbia cannot give the Commission the power to adjudicate questions relating to aboriginal rights, on the basis that doing so would encroach on the federal power under s. 91(24). This is the constitutional argument. The majority of the Court of Appeal had also determined, as an alternative approach, that the Code ran afoul of the doctrine of interjurisdictional immunity. The Court of Appeal reasoned that, since the existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights come within the essential core of "Indianness" (*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010), a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights intrudes upon the core of Indianness and is therefore inapplicable to Indians. Furthermore, held the majority, s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which makes provincial laws of general application apply to Indians, fails to invigorate the relevant portions of the Code, since s. 88 incorporates laws respecting Indians, not land.

With respect, I think that the majority of the Court of Appeal misunderstood the scope of the doctrine of interjurisdictional immunity. The doctrine relates to the exercise of legislative powers, that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. As the parties conceded, the Code is constitutional. The majority of the Court of Appeal applied the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The effect of the Code is not to alter the substance of any federal rule or aboriginal right, but rather to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect

forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)*b*) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 130 à 141 du Code régissent la procédure d'appel applicable à chacun, sans viser spécifiquement les Indiens ou quelque autre groupe.

5 La contestation de la compétence de la commission par l'intimé comporte deux volets. Le premier volet veut que la législature de la Colombie-Britannique ne puisse pas habiliter la commission à trancher des questions relatives aux droits ancestraux, du fait qu'elle se trouverait alors à empiéter sur la compétence fédérale prévue au par. 91(24). Il s'agit là de l'argument de l'inconstitutionnalité. La Cour d'appel à la majorité a aussi conclu, subsidiairement, que le Code contrevenait au principe de l'exclusivité des compétences. Elle a estimé que, puisque l'existence et l'étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l'essentiel de l'« indianité » (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010), une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux empiète sur l'essentiel de l'indianité et est donc inapplicable aux Indiens. En outre, les juges majoritaires ont conclu que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui prévoit que les lois d'application générale d'une province s'appliquent aux Indiens, ne revigore pas les parties pertinentes du Code étant donné qu'il incorpore des règles de droit relatives aux Indiens et non aux terres.

6 En toute déférence, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mal saisi la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Ce principe concerne l'exercice des compétences législatives, c'est-à-dire le pouvoir d'une province d'appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Comme les parties l'ont reconnu, le Code est conforme à la Constitution. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué le principe de l'exclusivité des compétences dans le contexte d'une fonction juridictionnelle et non législative. Le Code a pour effet non pas de modifier le contenu d'une règle fédérale ou d'un droit ancestral, mais plutôt d'obliger les Indiens

has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. There is therefore no need to consider s. 88; the Code applies *ex proprio vigore*.

7 The second prong of Mr. Paul's challenge deals with the Commission's statutory jurisdiction. The respondent argued that the enabling provisions of the Code were insufficient to empower the Commission to decide the existence of aboriginal rights or title. Mr. Paul argues that the Legislature would need to confer the power to determine such questions, even ones arising incidentally to forestry matters, upon the Commission expressly. I note that the appellants agree with the respondent that the particular provisions of the Code fail to confer such power on the Commission. Only the Commission itself, intervening, believes it has been so empowered. Since the majority of the Court of Appeal believed that granting the Commission power to determine questions of aboriginal law would be unconstitutional, it did not examine the statutory interpretation question in detail. Nevertheless, the majority believed that practical considerations militated against a finding that the Code conferred jurisdiction on the Commission. In his brief concurring reasons, Donald J.A. referred to *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, as authority for the importance of practical considerations in seeking out implied jurisdiction (paras. 92-109). This prong of the challenge is the administrative law question of interpretation of a tribunal's enabling statute.

8 The facts in this appeal and in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, released concurrently, have given this Court the opportunity to

accusés d'une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d'abord devant la commission plutôt que devant un juge d'une cour supérieure. Il n'a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu'Indiens. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'art. 88; le Code s'applique *ex proprio vigore*.

Le second volet de la contestation de M. Paul a trait à la compétence que la loi confère à la commission. L'intimé soutient que les dispositions habilitantes du Code sont insuffisantes pour habiliter la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux. Monsieur Paul soutient que la législature devrait avoir conféré expressément à la commission le pouvoir de trancher ces questions, même les questions accessoires liées aux ressources forestières. Je souligne que les appelants conviennent avec l'intimé que les dispositions particulières du Code ne confèrent pas un tel pouvoir à la commission. Seule la commission elle-même, qui intervient, croit avoir été investie de ce pouvoir. Étant donné leur avis que l'attribution à la commission du pouvoir de trancher des questions de droit autochtone serait inconstitutionnelle, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné de manière approfondie la question de l'interprétation de la mesure législative en cause. Ils estimaient, néanmoins, que des considérations pratiques militaient contre la conclusion que le Code attribuait cette compétence à la commission. Dans de brefs motifs concourants, le juge Donald s'est fondé sur l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, pour souligner l'importance des considérations pratiques lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une compétence implicite (par. 92-109). Ce volet de la contestation concerne la question — de droit administratif — de l'interprétation de la loi habilitante d'un tribunal administratif.

Les faits de la présente affaire et de l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, déposé simultanément, ont permis à notre Cour de

reappraise the law respecting the jurisdiction of administrative tribunals to apply the Constitution. The correct approach in a constitutional case such as the present appeal is the same as that in *Martin*, which concerns the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That approach is to determine whether the tribunal is empowered to decide questions of law. If so, the judge must verify whether there is a clear implication arising from the statutory scheme that the power to decide questions of law was meant to exclude the legal issues under review. In this case, s. 131(8) of the Code permits a party to "make submissions as to facts, law and jurisdiction". It is therefore clear that the Commission has power to determine questions of law. The Commission is not restricted to the issues considered by the Administrative Review Panel, the decision maker appealed from. Any restriction on the Commission's remedial powers is not determinative, nor is the complexity of the questions. Nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law.

II. Analysis

My analysis follows the two prongs of the challenge to the Commission's jurisdiction identified above. In the first part, the division of powers discussion, the question is whether the Legislature of British Columbia is constitutionally capable of conferring on an administrative tribunal the power to determine questions of aboriginal right and title as they arise in the course of the tribunal's duties. In the second part, I will consider the extent of the power actually conferred on the Commission in this case. I turn first to the doctrines relevant to determining the Legislature's powers in endowing administrative tribunals to adjudicate questions relative to aboriginal rights.

réévaluer la règle de droit concernant la compétence des tribunaux administratifs pour appliquer la Constitution. L'approche qui doit être adoptée dans une affaire constitutionnelle comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce est la même que celle retenue dans l'arrêt *Martin* relativement à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle consiste à se demander si le tribunal administratif est habilité à trancher des questions de droit. Dans l'affirmative, le juge doit vérifier s'il ressort clairement du régime établi par la loi que le pouvoir de trancher des questions de droit est censé ne pas s'appliquer aux questions de droit qui font l'objet de l'examen. En l'espèce, le par. 131(8) du Code permet à une partie de [TRADUCTION] « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc clairement le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle n'est pas obligée de s'en tenir uniquement aux questions examinées par le comité de révision administrative, l'instance décisionnelle dont la décision est portée en appel. Une limitation des pouvoirs de la commission d'accorder une réparation n'est pas déterminante, pas plus que ne l'est la complexité des questions. Rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone.

II. Analyse

Dans mon analyse, je reprends les deux volets de la contestation de la compétence de la commission, décrits précédemment. Dans la première partie, celle de l'analyse du partage des compétences, il s'agit de savoir si la Constitution habilite la législature de la Colombie-Britannique à investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher, dans l'accomplissement de sa mission, des questions de titre aborigène et de droits ancestraux. Dans la seconde partie, j'examine l'étendue du pouvoir réellement conféré à la commission en l'espèce. Je vais d'abord exposer les principes applicables pour déterminer les pouvoirs de la législature d'habiliter des tribunaux administratifs à trancher des questions relatives aux droits ancestraux.

A. *Division of Powers: Can the Province Empower the Commission to Hear and Determine Section 35 Questions?*

(1) The Scope of the Constitutional Challenge

10 It is important to indicate precisely which provisions of the Code are under discussion at this point. The challenge is to the notion that ss. 130 to 141, which provide that a person may appeal the decision of the Administrative Review Panel to the Commission, permit the Commission to hear and rule upon a defence of aboriginal rights. In contrast, there is no challenge to the substantive prohibition, which appears in s. 96(1):

96 (1) A person must not cut, remove, damage or destroy Crown timber unless authorized to do so

. . .

Nor, I should note, do the appellants take the position that s. 96(1) would prevail in a conflict with a demonstrated aboriginal right affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Once an aboriginal right is proven, s. 96(1) would be of no effect to the extent that it was inconsistent with that right, unless that inconsistency could be justified according to the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. On this, there is no dispute.

(2) The Validity and Application of the Code

11 As I noted above, at the hearing the parties conceded that the Code is in its entirety valid provincial legislation. In any case, it is clear to me that the Code is legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, under s. 92A(1)(*b*) of the *Constitution Act, 1867*. There was no argument made that the entire Code, or that portion treating appeals before the Commission, has as its true meaning, essential character, or core matters relating to Indians and lands reserved for the Indians (s. 91(24)) or to

A. *Partage des compétences : La province peut-elle habiliter la commission à entendre et à trancher des questions relatives à l'art. 35?*

(1) La portée de la contestation fondée sur la Constitution

À ce stade, il importe de préciser quelles dispositions du Code sont en cause. On conteste l'idée que les art. 130 à 141, qui prévoient qu'une personne peut appeler devant la commission de la décision du comité de révision administrative, permettent à la commission d'entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral et de rendre une décision à cet égard. Par contre, aucune attaque n'est dirigée contre l'interdiction substantielle énoncée au par. 96(1) :

[TRADUCTION]

96 (1) Nul ne peut, à moins d'être autorisé à le faire, couper, enlever, endommager ou détruire les arbres situés sur les terres de la Couronne

. . .

Je tiens à souligner que les appelants ne prétendent pas non plus que le par. 96(1) l'emporterait s'il entrait en conflit avec un droit ancestral confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, le par. 96(1) serait inopérant dans la mesure où il serait incompatible avec ce droit, sauf si cette incompatibilité était justifiable selon le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Il n'existe aucune controverse à cet égard.

(2) La validité et l'application du Code

Comme je l'ai déjà souligné, les parties ont reconnu, à l'audience, que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide. De toute façon, il est évident, selon moi, qu'il concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)*b*) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne n'a fait valoir que le Code en entier ou la partie qui traite des appels devant la commission vise véritablement, essentiellement ou principalement des matières

any other federal head of power. More specifically, there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 54; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 18.

concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens (par. 91(24)) ou encore tout autre chef de compétence fédérale. Plus précisément, personne n'a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d'en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 54; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 18.

As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no need to consider whether s. 88 of the *Indian Act* would revive the statute and render it applicable.

12 En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'est pas nécessaire de se demander si l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* redonnerait vie à la loi et la rendrait applicable.

In the classic federalism cases, the *vires* of legislation is challenged: *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21. Here the question is the relationship between valid provincial legislation and matters under the federal competence to legislate under s. 91(24).

13 Dans la jurisprudence classique sur le fédéralisme, c'est la constitutionnalité d'une mesure législative qui est en cause : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21. En l'espèce, il est question du lien entre une mesure législative provinciale valide et des matières relevant de la compétence législative fédérale prévue au par. 91(24).

(3) Incidental Effects

The doctrine of incidental effects holds that where there is a valid provincial law of general application, the provincial law applies if its effects upon matters within federal legislative competence are "merely incidental, irrelevant for constitutional purposes": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (looseleaf ed.), vol. 1, at p. 15-8, quoted in *Global Securities*, *supra*, at para. 22. See also *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670. In other words, as Iacobucci and Major JJ. put it in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81, "it

(3) Effets accessoires

14 La règle des effets accessoires veut que toute loi provinciale d'application générale qui est valide s'applique si ses effets sur des matières relevant de la compétence législative fédérale sont [TRADUCTION] « simplement accessoire[s] et [ne sont] pas pertinent[s] sur le plan constitutionnel » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-8, cité dans *Global Securities*, précité, par. 22. Voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Autrement dit, pour reprendre les propos des juges Iacobucci et Major

is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament". Since all relevant provisions of the Code are valid provincial legislation, it follows that by virtue of the doctrine of incidental effects, any impact of the Code upon aboriginals is irrelevant for classification purposes. It remains to be seen, however, whether the law's application to specific factual contexts can be put in issue.

(4) Interjurisdictional Immunity

15 The doctrine of interjurisdictional immunity is engaged when a provincial statute trenches, either in its entirety or in its application to specific factual contexts, upon a head of exclusive federal power. The doctrine provides that, where the general language of a provincial statute can be read to trench upon exclusive federal power in its application to specific factual contexts, the statute must be read down so as not to apply to those situations: *Grail*, *supra*, at para. 81. The doctrine has limited the application of a provincial statute to a matter of exclusive federal power in numerous contexts. For example, in *Grail*, a provincial statute of general application was found to have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law. The provincial statute had the effect of supplementing existing rules of federal maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively altered rules within the exclusive competence of Parliament. Accordingly, the provincial statute of general application was read down so as not to apply to a maritime negligence action. In *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, this Court held that a provincial occupational health and safety statute was inapplicable to a federal undertaking. More relevant, for present purposes, in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 181, Lamer C.J. held that s. 91(24) protects a "core" of Indianness from provincial laws of general application, through operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. See also *Kitkatla Band*, *supra*, at para. 75: in that case it was not established that the

dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81, « la Constitution permet qu'une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement ». Comme toutes les dispositions pertinentes du Code sont des mesures législatives provinciales valides, il s'ensuit que, en vertu de la règle des effets accessoires, toute incidence du Code sur les autochtones n'est pas pertinente aux fins de classification. Il reste toutefois à voir si l'application de la loi à des contextes factuels particuliers peut être contestée.

(4) Exclusivité des compétences

Le principe de l'exclusivité des compétences s'applique quand une loi provinciale, en entier ou encore lorsqu'elle est appliquée à des contextes factuels particuliers, empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive. Ce principe veut que, lorsqu'il est possible de considérer que, de par son libellé général, une loi provinciale empiète sur une compétence fédérale exclusive dans des contextes factuels particuliers, cette loi doit faire l'objet d'une interprétation atténuée afin d'éviter qu'elle s'applique à ces situations : *Grail*, précité, par. 81. Le principe a permis, dans maints contextes, de limiter l'application d'une loi provinciale à une matière relevant de la compétence fédérale exclusive. Par exemple dans l'arrêt *Grail*, la Cour a jugé qu'une loi provinciale d'application générale avait pour effet de réglementer indirectement une question de droit maritime en matière de négligence. La loi provinciale avait pour effet de compléter les règles de droit maritime en matière de négligence au point de modifier, en fait, des règles relevant de la compétence exclusive du Parlement. La loi provinciale d'application générale a donc été interprétée de façon atténuée pour empêcher qu'elle s'applique aux actions pour négligence en matière maritime. Dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, notre Cour a décidé qu'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail était inapplicable à une entreprise fédérale. Un arrêt plus pertinent pour les besoins du présent pourvoi est *Delgamuukw*, précité, où le juge en chef Lamer a conclu, au par. 181, qu'en vertu du

impugned provisions affected "the essential and distinctive core values of Indianness", and thus they did not "engage the federal power over native affairs and First Nations in Canada".

The question, then, is whether, in a valid law of general application, provisions that empower a provincially constituted administrative tribunal to hear and rule upon arguments relating to aboriginal rights as they arise in execution of its provincial mandate trench upon the core of Indianness. If so, those provisions will be inapplicable to Indians.

(5) Application: Adjudication Versus Legislation

Lambert J.A., in the British Columbia Court of Appeal, concluded that such provisions would touch the core of Indianness. The doctrine of interjurisdictional immunity would, accordingly, render those enabling provisions inapplicable to questions of aboriginal law. It is helpful to review the heart of his reasoning on this point, at para. 72:

> The existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights has been held in *Delgamuukw* to come within the essential core of Indianness. That being so, I cannot imagine that a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights could be anything other than equally and co-extensively within the core of Indianness. As such it fulfils the conditions for application of the principle of interjurisdictional immunity . . . .

This short passage reveals the fundamental error in the analysis of the majority of the Court of Appeal. It equates legislation respecting the "existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights" (a legislative or regulatory function) with legislation enabling a board "to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights" (an

principe de l'exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège « l'essentiel » de l'indianité contre les lois provinciales d'application générale. Voir aussi l'arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 75; dans cette affaire, il n'avait pas été démontré que les dispositions attaquées portaient atteinte aux « valeurs fondamentales de l'indianité » et, par conséquent, elles ne mettaient pas « en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada ».

16 La question est donc de savoir si les dispositions d'une loi d'application générale valide, qui habilitent un tribunal administratif provincial à entendre et à trancher des arguments relatifs aux droits ancestraux en accomplissant la mission que lui confie la province, empiètent sur l'essentiel de l'indianité. Dans l'affirmative, ces dispositions sont inapplicables aux Indiens.

(5) Application : fonction juridictionnelle par opposition à fonction législative

17 Le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que de telles dispositions touchaient à l'essentiel de l'indianité. Le principe de l'exclusivité des compétences rendait donc ces dispositions habilitantes inapplicables aux questions de droit autochtone. Il est utile de rappeler l'essentiel de son raisonnement sur ce point, au par. 72 :

> [TRADUCTION] La Cour a jugé, dans l'arrêt *Delgamuukw*, que l'existence et l'étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l'essentiel de l'indianité. Cela étant, je ne puis concevoir qu'une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux ne relève pas, de la même manière et dans la même mesure, de l'essentiel de l'indianité. Voilà pourquoi elle remplit les conditions d'application du principe de l'exclusivité des compétences . . .

18 Ce bref extrait révèle l'erreur fondamentale que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commise dans leur analyse. On y assimile une loi concernant « l'existence et l'étendue du titre aborigène et des droits ancestraux » (une fonction législative ou réglementaire) à une loi habilitant un organisme administratif à « trancher des

adjudicative function) (emphasis added). The respondent made the same error, stating in his factum that "the province's power to enact the jurisdiction-granting sections of the Code cannot extend to matters that are not within the province's legislative competence" (respondent's factum, at para. 105).

19 Legislation that triggers the doctrine of interjurisdictional immunity purports to regulate indirectly matters within exclusive federal competence, that is, to alter rights and obligations. Such inapplicable legislation may purport to "supplement" existing federal rules, as in *Grail*, *supra*. It may purport to "regulate" the essential parts of federal undertakings, as in *Bell*, *supra*. To my knowledge, none of the authorities applying the doctrine of interjurisdictional immunity has done so in respect of an adjudicative function. The function at issue in this appeal is one of identifying where existing aboriginal rights affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* prevail over provisions in the Code. The Commission's enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. Indeed, the question is whether the legislature may empower the Commission to take cognizance of existing constitutional rights and rights under federal rules, not to alter or supplant them. In my view, as I shall explain, there is no reason under the Constitution that the legislature may not so empower the Commission.

20 The respondent cites Professor Hogg's discussion of the rationale for the conferral upon Parliament by the founders of Confederation of legislative power over Indians. Professor Hogg writes that the main reason "seems to have been a concern for the protection of the Indians against local settlers" (Hogg, *supra*, at p. 27-2). Once adjudicative and legislative functions are separated, however, it becomes clear that neither s. 91(24) itself nor Professor Hogg's

questions de titre aborigène et de droits ancestraux » (une fonction juridictionnelle) (je souligne). L'intimé a commis la même erreur en affirmant, dans son mémoire, que [TRADUCTION] « le pouvoir de la province d'édicter les articles attributifs de compétence du Code ne peut pas s'étendre aux matières qui ne relèvent pas de la compétence législative de la province » (mémoire de l'intimé, par. 105).

Une mesure législative qui déclenche l'application du principe de l'exclusivité des compétences est censée régir indirectement des matières relevant de la compétence fédérale exclusive, c'est-à-dire modifier des droits et des obligations. Une telle mesure législative inapplicable peut être censée « compléter » des règles fédérales existantes, comme dans l'affaire *Grail*, précitée. Elle peut être censée « régir » les composantes essentielles d'une entreprise fédérale, comme dans l'affaire *Bell*, précitée. Je ne connais aucun précédent où le principe de l'exclusivité des compétences a été appliqué relativement à une fonction juridictionnelle. La fonction en cause dans la présente affaire consiste à déterminer dans quels cas les droits ancestraux existants confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* l'emportent sur les dispositions du Code. Les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. En fait, la question est de savoir si la législature peut habiliter la commission à prendre connaissance des droits garantis par la Constitution et des droits conférés par les règles fédérales, et non pas à les modifier ou à les remplacer. Comme je vais l'expliquer, j'estime que la Constitution n'empêche pas la législature d'habiliter ainsi la commission.

L'intimé cite l'analyse que fait le professeur Hogg des raisons qui ont incité les pères de la Confédération à conférer au Parlement la compétence législative à l'égard des Indiens. Le professeur Hogg écrit que la raison principale [TRADUCTION] « semble avoir été le souci de protéger les Indiens contre les colons qui les côtoyaient » (Hogg, *op. cit.*, p. 27-2). Toutefois, dès que les fonctions juridictionnelle et législative sont séparées, il devient évident

discussion refers to adjudication. The passage is therefore unhelpful in this context.

que ni le par. 91(24) lui-même ni l'analyse du professeur Hogg ne se rapportent à la fonction juridictionnelle. Ce passage ne nous est donc d'aucun secours dans le présent contexte.

The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which of course is also a creature of provincial legislation. At the hearing all parties agreed that a provincial court may determine s. 35 issues. I believe that *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, is helpful. It stands for the proposition that legislative and adjudicative competence are not coterminous. In that case, this Court concluded that a small claims court, a provincially constituted inferior court, was competent to hear a case of admiralty law. Admiralty law, of course, falls within exclusive federal competence. The Court noted that, within the unitary court system in Canada, provincially constituted inferior and superior courts apply federal as well as provincial laws. There are procedural and structural differences between provincially created courts and administrative tribunals, including the judicial independence requirements bearing upon them. Nevertheless, I believe that, analogous to the result in *Pembina*, *supra*, the division of powers does not preclude a validly constituted provincial administrative tribunal, legislatively empowered to do so, from determining questions of constitutional and federal law arising in the course of its work.

21 La conclusion qu'un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l'architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu'une cour provinciale qui, de toute évidence, est aussi une création de la loi provinciale. À l'audience, toutes les parties ont convenu qu'une cour provinciale peut trancher des questions relatives à l'art. 35. L'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, est utile, selon moi. Il permet d'affirmer que la compétence législative et la compétence juridictionnelle ne coïncident pas. Dans cette affaire, notre Cour a conclu qu'une cour des petites créances, cour provinciale d'instance inférieure, avait compétence pour trancher un litige en droit maritime. Le droit maritime relève bien entendu de la compétence législative fédérale exclusive. La Cour a fait remarquer qu'au sein du système judiciaire unitaire canadien, les cours provinciales d'instance inférieure et d'instance supérieure appliquent les lois tant fédérales que provinciales. Les tribunaux administratifs et les cours de justice créés par une province présentent des différences autant procédurales que structurelles, dont celles que l'on peut constater sur le plan des exigences d'indépendance auxquelles ils sont assujettis. Je crois néanmoins, comme la Cour l'a conclu dans l'arrêt *Pembina*, précité, que le partage des compétences n'empêche pas un tribunal administratif validement constitué par une province, et habilité à le faire par le législateur, de trancher des questions de droit constitutionnel et de droit fédéral dans l'accomplissement de sa mission.

I do not agree with the respondent that the conclusion in *Pembina* that a provincially constituted court could determine questions of federal law

22 Je ne partage pas l'avis de l'intimé que la conclusion de l'arrêt *Pembina*, selon laquelle une cour provinciale peut trancher des questions de droit

implies, *a contrario*, that a provincially constituted administrative tribunal cannot do so. First, while I need not decide this point, it is arguable that La Forest J.'s reference to "courts of inferior jurisdiction" naturally includes an adjudicative tribunal such as the Commission. Such a conclusion follows perhaps even more readily from the French version, "*tribunaux d'instance inférieure*" (*Pembina*, *supra*, at p. 225). Second, even if the statement in *Pembina* does not embrace the Commission, La Forest J. was speaking of the jurisdiction of a small claims court, and I do not think he can be taken to have been pronouncing, by implication, on broader questions. Third, the constitutional protection of judicial review of administrative tribunals, derived from s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, integrates administrative tribunals into the unitary system of justice: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. By performing judicial review of the decisions of administrative tribunals, superior courts play an important role in assuring respect for the rule of law (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21). While there are distinctions between administrative tribunals and courts, both are part of the system of justice. Viewed properly, then, the system of justice encompasses the ordinary courts, federal courts, statutory provincial courts and administrative tribunals. It is therefore incoherent to distinguish administrative tribunals from provincial courts for the purpose of deciding which subjects they may consider on the basis that only the latter are part of the unitary system of justice.

23 The conclusion sought by the respondent would pose intractable difficulties for administrative tribunals in the execution of their tasks. A provincially constituted board cannot respect the division of powers under the *Constitution Act, 1867* if it is unable to take into account the boundary between provincial and federal powers. For example, in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65, the Law Society could only stay within the limits of its jurisdiction to review a

fédéral, signifie par contre qu'un tribunal administratif provincial ne peut pas le faire. Premièrement, bien que je n'aie pas à me prononcer sur ce point, il se peut que les propos du juge La Forest, et plus particulièrement l'expression « tribunaux d'instance inférieure » qu'il utilise dans ses motifs (*Pembina*, précité, p. 225), visent forcément un tribunal administratif, comme la commission, qui exerce une fonction juridictionnelle. Deuxièmement, même si l'affirmation contenue dans l'arrêt *Pembina* ne vise pas la commission, le juge La Forest parlait de la compétence d'une cour des petites créances, et je ne crois pas qu'il faille considérer qu'il s'est prononcé implicitement sur des questions plus générales. Troisièmement, la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire des tribunaux administratifs, qui émane de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intègre les tribunaux administratifs dans le système judiciaire unitaire : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. En contrôlant les décisions de tribunaux administratifs, les cours supérieures contribuent de façon importante à assurer le respect de la primauté du droit (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21). Malgré leurs différences, les tribunaux administratifs et les cours de justice font tous partie du système judiciaire. Il est dont juste de considérer que le système judiciaire englobe les tribunaux de droit commun, les cours fédérales, les cours créées par une loi provinciale et les tribunaux administratifs. Pour décider quelles matières relèvent de leur compétence, il est donc illogique de distinguer les tribunaux administratifs des cours provinciales pour le motif que seules les cours provinciales font partie du système judiciaire unitaire.

La conclusion sollicitée par l'intimé mettrait les tribunaux administratifs aux prises avec des difficultés insurmontables dans l'accomplissement de leur mission. Un organisme administratif provincial ne peut pas respecter le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* s'il est incapable de tenir compte de la ligne de démarcation entre les compétences provinciales et fédérales. Par exemple, dans l'affaire *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC

prosecutor's ethical breach if it considered federal law relating to prosecutorial discretion. Indeed, a multitude of administrative tribunals, both provincial and federal, routinely make determinations respecting matters within the competence of the other legislator. Provincial boards may have an express statutory mandate to pronounce upon federal legislation: *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (enabling legislation of provincial boards directing them to interpret and apply federal income tax, pension and employment insurance legislation). Alternatively, the necessity to consider a question of constitutional or federal law may simply arise in the course of a primary determination: *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, at para. 31 (municipal tax Board of Revision could hear assessment appeal on ground that property subject to aboriginal title). In short, in applying their enabling legislation, boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial. I therefore decline to accept the respondent's argument and its logical extension that the practices just described are constitutionally impermissible.

Further reasons persuade me to reject the respondent's general position that questions relating to aboriginal rights are untouchable by a provincially created tribunal by virtue of their falling within federal legislative competence. It is necessary to examine side by side two provisions in the Constitution. The one on which the respondent relies heavily is s. 91(24), which empowers Parliament to legislate in relation to "Indians, and Land reserved for the Indians". The other is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Unless

65, le barreau ne pouvait agir que dans les limites de sa compétence pour examiner un manquement à la déontologie d'un procureur, s'il examinait le droit fédéral concernant le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En fait, une multitude de tribunaux administratifs, tant provinciaux que fédéraux, rendent couramment des décisions concernant des matières relevant de la compétence de l'autre législateur. Les organismes administratifs provinciaux peuvent se voir confier explicitement, par la loi, une mission qui les autorise à se prononcer sur des mesures législatives fédérales : *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492 (lois habilitant des organismes administratifs provinciaux à interpréter et à appliquer les lois fédérales en matière d'impôt, de régime de pensions et d'assurance-emploi). Subsidiairement, la nécessité d'examiner une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral peut simplement découler d'une première décision : *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, par. 31 (la commission de révision de l'impôt municipal pouvait entendre l'appel qui avait été interjeté contre l'évaluation pour le motif que l'immeuble était assujetti à un titre aborigène). Bref, en appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables. Je ne retiens donc pas l'argument de l'intimé ni sa suite logique voulant que les pratiques que je viens d'exposer soient inacceptables sur le plan constitutionnel.

D'autres raisons m'incitent à rejeter le point 24
de vue général de l'intimé voulant qu'un tribunal administratif provincial ne puisse pas toucher aux questions relatives aux droits ancestraux du fait qu'elles relèvent de la compétence législative fédérale. Il est nécessaire de mettre en parallèle deux dispositions de la Constitution. La première, que l'intimé invoque abondamment, est le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui habilite le Parlement à légiférer concernant « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». L'autre

otherwise specified, such as official language rights in the *Charter* particular to New Brunswick, every right in the *Constitution Act, 1982* applies to every province as well as to the federal government. Section 35 therefore applies to both provinces and the federal government. It is also established that one part of the Constitution cannot abrogate another: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. By virtue of s. 35, then, laws of the province of British Columbia that conflict with protected aboriginal rights do not apply so as to limit those rights, unless the limitation is justifiable according to the test in *Sparrow*, *supra*. I find it difficult to think that the Province cannot, when administering a provincial regulatory scheme, attempt to respect its constitutional obligation by empowering an administrative tribunal to hear a defence of aboriginal rights.

est l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À moins qu'il existe une disposition contraire expresse, comme celle que contient la *Charte* relativement au droit à l'usage des langues officielles au Nouveau-Brunswick, tout droit garanti par la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à chaque province et au gouvernement fédéral. L'article 35 s'applique donc à la fois aux provinces et au gouvernement fédéral. Il est également établi qu'une partie de la Constitution ne saurait pas en abroger une autre : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Par conséquent, en vertu de l'art. 35, les lois de la Colombie-Britannique qui sont incompatibles avec des droits ancestraux protégés ne peuvent pas s'appliquer de manière à limiter ces droits, à moins que cette limitation soit justifiable au regard du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité. J'ai peine à croire qu'en administrant un régime réglementaire qu'elle a elle-même établi, la province ne puisse pas essayer de respecter son obligation constitutionnelle en habilitant un tribunal administratif à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral.

25 *Sparrow* stands for the proposition that government regulation, including provincial regulation, may, by legislation, infringe an aboriginal right if that infringement is justified. Though this is not the basis of the Commission's jurisdiction, where legislation justifiably infringing rights is possible, surely adjudication by the Commission, which simply takes existing rights into account, must be permissible. This conclusion follows from the distinction between legislation and adjudication and the nature of their impact upon rights.

D'après l'arrêt *Sparrow*, une réglementation gouvernementale, y compris une réglementation provinciale, peut, par voie législative, porter atteinte à un droit ancestral si cette atteinte est justifiée. Quoique ce ne soit pas la raison pour laquelle la commission a compétence, il doit sûrement être acceptable qu'elle exerce une fonction juridictionnelle en tenant simplement compte de droits existants, lorsqu'il est question d'une mesure législative portant une atteinte justifiable. Cette conclusion découle de la distinction entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle, et de la nature de leur incidence sur des droits.

26 I rely considerably on this distinction. I wish, therefore, to address an argument made by the respondent that, in practical terms in the aboriginal rights context, the two are insufficiently distinguishable.

J'insiste beaucoup sur cette distinction. Je tiens donc à examiner l'argument avancé par l'intimé selon lequel il n'est pas possible, en pratique, de distinguer suffisamment ces deux fonctions dans le contexte des droits ancestraux.

27 The respondent submits that, in deciding a question arising from a defence of aboriginal right, the Commission will necessarily turn to matters at the core of s. 91(24). In his view, the Commission

L'intimé soutient que, pour trancher une question découlant d'un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, la commission examinera nécessairement des matières qui sont au cœur du par. 91(24). À son

would determine not only the scope and content of the claimed right, but also perhaps the respondent's relationship to his First Nation, the times at which the claimed right can be practised, and the limits on the right, if any, and how the right can be exercised and by whom. He notes that the Commission might be required to determine whether the aboriginal right at issue had been extinguished. Then he argues that a determination by a provincial decision maker that a right has been extinguished is as much an extinguishment of an aboriginal right as provincial legislation attempting to extinguish that right directly. The respondent's argument, in essence, is that adjudication respecting aboriginal rights is tantamount to legislation respecting them.

avis, la commission déterminerait non seulement la portée et le contenu du droit revendiqué, mais peut-être encore le lien entre l'intimé et sa Première nation, le moment où le droit revendiqué peut être exercé et les limites, s'il en est, auquel ce droit est assujetti, ainsi que la façon dont ce droit peut être exercé et qui peut l'exercer. Il souligne que la commission pourrait devoir déterminer s'il y a eu extinction du droit ancestral en cause. Il ajoute que la décision d'une instance décisionnelle provinciale, selon laquelle un droit est éteint, revient à éteindre un droit ancestral autant que le ferait une mesure législative destinée à éteindre ce droit directement. L'intimé soutient essentiellement qu'exercer une fonction juridictionnelle relativement à des droits ancestraux revient à exercer une fonction législative à leur sujet.

I wish to reiterate a point acknowledged by the respondent himself, namely that a province lacks the constitutional capacity to extinguish aboriginal rights and aboriginal title. This is because the clear and plain intent necessary to extinguish an aboriginal right would make a law one in relation to Indians and Indian lands and thus *ultra vires* the province: *Delgamuukw*, *supra*, at para. 180. I will now explain why, in two important respects, a determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both the extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights.

28 Je tiens à réitérer ce que l'intimé lui-même a reconnu, à savoir qu'une province n'a pas le pouvoir constitutionnel d'éteindre les droits ancestraux et le titre aborigène. Il en est ainsi parce que l'intention claire et expresse requise pour éteindre un droit ancestral ferait de la loi en cause une loi relative aux Indiens et aux terres indiennes, qui excéderait donc la compétence de la province : *Delgamuukw*, précité, par. 180. Je vais maintenant expliquer pourquoi la décision d'un tribunal administratif comme la commission est, à deux égards importants, très différente à la fois de l'extinction d'un droit et de l'exercice d'une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux.

First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend or extinguish aboriginal rights. Rather, on the basis of the evidence, a judicial or administrative decision maker may recognize the continued existence of an aboriginal right, including its content and scope, or observe that the right has been properly extinguished by a competent legislative authority. Of course the decision maker may also conclude on the evidence that the aboriginal right simply has not been proven at all.

29 Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n'éteint pas des droits ancestraux. Au contraire, une instance décisionnelle judiciaire ou administrative peut, compte tenu de la preuve qui lui est soumise, reconnaître l'existence continue d'un droit ancestral, en déterminant notamment le contenu et la portée de ce droit, ou constater que le droit en question a été éteint régulièrement par une autorité législative compétente. Il va sans dire que l'instance décisionnelle peut aussi conclure, à partir de la preuve, que l'existence du droit ancestral en cause n'a absolument pas été établie.

30 Admittedly, within the administrative state, the line between adjudication and legislation is sometimes blurred. Administrative tribunals that develop and implement policy while adjudicating disputes, such as the Competition Tribunal and a provincial Securities Commission, come to mind. Indeed, this Court's standard of review jurisprudence is sensitive to the deference that may be appropriate where an expert tribunal is simultaneously adjudicating and developing policy, which may sometimes be viewed as a legislative function: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 28; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 48. There is, however, a crucial distinction between a board that has been empowered by valid legislation to make policy within an area that is *intra vires* the enabling legislator, and a provincial board that is called upon, in executing its mandate, to answer incidentally a legal question relating to the Constitution or to federal law. No one has suggested that the Legislature has the constitutional power to enable a board to determine questions of aboriginal law on the basis of policy considerations favourable to the Province.

Certes, dans le domaine administratif, la ligne de démarcation entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative est parfois floue. Pensons aux tribunaux administratifs, tels le Tribunal de la concurrence et les commissions des valeurs mobilières provinciales, qui établissent et mettent en œuvre des politiques au moment de trancher des litiges. En fait, la jurisprudence de notre Cour portant sur la norme de contrôle tient compte de la déférence qui peut s'imposer dans le cas où un tribunal administratif spécialisé exerce simultanément une fonction juridictionnelle et une fonction d'établissement de politiques pouvant parfois être perçue comme une fonction législative : *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 28; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 48. Il faut cependant établir une distinction cruciale entre un organisme administratif habilité par une loi valide à établir des politiques dans un domaine relevant de la compétence du législateur et un organisme administratif provincial appelé, dans l'accomplissement de sa mission, à trancher accessoirement une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral. Personne n'a laissé entendre que la Constitution permet à la législature d'habiliter un organisme administratif à trancher des questions de droit autochtone en fonction de considérations de politique favorables à la province.

31 Second, while both provincially constituted courts and provincially constituted tribunals may consider the Constitution and federal laws, there is nevertheless one important distinction between them that the respondent overlooked. Unlike the judgments of a court, the Commission's decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission's rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 40; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at

Deuxièmement, bien que tant les tribunaux administratifs que les cours de justice créés par une province puissent examiner la Constitution et les lois fédérales, il reste que l'intimé a oublié un élément important qui les distingue. Contrairement aux jugements d'une cour de justice, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l'art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d'une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de*

para. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. To avoid judicial review, the Commission would have to identify, interpret, and apply correctly the relevant constitutional and federal rules and judicial precedents. As a result of the contrast between the general application of a provincial law by a court and the specific, non-binding effect of a board's particular decision, there is a substantial difference.

(6) The Present Role of the Commission and the Core of Indianness

The preceding point brings me to consider the role of the Commission in this case. Recall that the general prohibition against cutting Crown timber appears in s. 96(1) of the Code, and is not attacked in this appeal. The question, then, is not whether that prohibition unjustifiably infringes an aboriginal right. The question is whether provisions that would enable the Commission to hear a defence of aboriginal right are unconstitutional. I have already noted that the determinations of the Commission respecting aboriginal rights would be reviewable on a correctness standard. Provincial officials cannot initiate any inquiry into aboriginal rights before the Commission. Instead, a question of aboriginal law will arise only when a respondent raises an aboriginal right before the Commission in seeking relief from a general prohibition or other regulatory provision in the Code. I do not see how, by raising a defence of aboriginal right, a respondent should be able to alter the primary jurisdiction of the Commission or halt its proceedings. The nature of a particular defence should be seen as secondary to the Commission's primary jurisdiction. A person accused of violating the Code should not be able to oust the Commission's jurisdiction relating to forestry simply by raising a particular defence and thereby highlighting a constitutional dimension of the main issue. In any event, constitutional law doctrines aside, I think it would be most convenient for aboriginal persons to seek the relief afforded by their constitutionally protected rights as early as possible within

l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322, par. 40; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Pour éviter un contrôle judiciaire, la commission devrait dégager, interpréter et appliquer correctement les règles de droit constitutionnel et de droit fédéral, ainsi que la jurisprudence applicables. Vu le contraste entre l'application générale d'une règle de droit provinciale par une cour de justice et l'effet particulier non contraignant de la décision d'un organisme administratif, il existe une différence marquée.

(6) Le rôle actuel de la commission et l'essentiel de l'indianité

L'observation qui précède m'amène à examiner le rôle de la commission en l'espèce. Rappelons que l'interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne est énoncée au par. 96(1) du Code et n'est pas contestée dans le présent pourvoi. La question n'est donc pas de savoir si cette interdiction porte une atteinte injustifiable à un droit ancestral. Il s'agit plutôt de savoir si des dispositions qui habiliteraient la commission à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral seraient inconstitutionnelles. J'ai déjà fait observer que les décisions de la commission touchant les droits ancestraux pourraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Les fonctionnaires provinciaux ne peuvent pas déclencher un examen des droits ancestraux devant la commission. Au contraire, une question de droit autochtone ne se posera que si un intimé revendique un droit ancestral devant la commission afin d'échapper à l'application d'une interdiction générale ou d'une autre disposition réglementaire du Code. Je ne vois pas comment, en invoquant un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, un intimé devrait pouvoir modifier la compétence principale de la commission ou interrompre les procédures qui se déroulent devant elle. Il faut considérer que la nature d'un moyen de défense a une importance secondaire comparativement à la compétence fondamentale de la commission. La personne accusée de violation du Code ne doit pas être en mesure d'écarter la compétence de la commission en matière de ressources forestières en invoquant

32

the mechanisms of the administrative and judicial apparatus.

33 The respondent has failed to grasp the distinction between adjudication by a provincially created tribunal, on the one hand, and limits on regulation by a province of a matter under federal competence, on the other. Taking this distinction into account, I cannot see how the ability to hear a defence based on s. 35 would constitute an indirect intrusion on the defining elements of "Indianness". The "core" of Indianness has not been exhaustively defined. It encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1): *Delgamuukw*, *supra*, at para. 178. For present purposes, it is perhaps more easily defined negatively than positively. The core has been held not to include labour relations (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031) and highway traffic regulation on reserves (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025). On the evidence adduced in *Kitkatla Band*, *supra*, at para. 70, the status or capacity of Indians was found not to be impaired by the impugned *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187. Given that these substantive matters were held not to go to the core of Indianness, I cannot see how the procedural question in this appeal can. The respondent has failed to demonstrate that the procedural right to raise at first instance a defence of aboriginal rights in a superior court, as opposed to before a provincially constituted tribunal, such as the Commission, goes to the core of Indianness.

34 I conclude, therefore, primarily on the basis that adjudication is distinct from legislation, that the Legislature of British Columbia has the constitutional power to enable the Commission to determine questions relative to aboriginal rights as

simplement un moyen de défense particulier et en faisant, de ce fait, ressortir un aspect constitutionnel de la question principale. De toute façon, abstraction faite des principes de droit constitutionnel, je pense que les autochtones auraient tout avantage à invoquer le plus tôt possible, devant les tribunaux administratifs et judiciaires, la protection offerte par les droits que leur garantit la Constitution.

L'intimé n'a pas compris la distinction entre la décision d'un tribunal administratif provincial, d'une part, et les limites de la réglementation provinciale d'une matière relevant de la compétence fédérale, d'autre part. Compte tenu de cette distinction, je ne vois pas comment le pouvoir d'entendre un moyen de défense fondé sur l'art. 35 constituerait un empiétement indirect sur les éléments qui délimitent l'« indianité ». L'« essentiel » de l'indianité n'a pas été défini de manière exhaustive. Il englobe l'ensemble des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) : *Delgamuukw*, précité, par. 178. Pour les besoins de la présente affaire, il peut être plus facile de le définir en précisant ce qu'il n'englobe pas plutôt que ce qu'il englobe. On a statué que l'essentiel ne comprenait ni les relations du travail (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031), ni la réglementation de la circulation à l'intérieur des réserves (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Dans l'arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 70, la Cour a jugé que, compte tenu de la preuve déposée, la loi attaquée, à savoir la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187, ne portait atteinte ni au statut ni aux droits des Indiens. Du fait qu'il a été jugé que ces questions de fond ne touchent pas à l'essentiel de l'indianité, je ne vois pas comment la question procédurale pourrait le faire en l'espèce. L'intimé n'a pas démontré que le droit procédural d'invoquer, en premier ressort, un moyen de défense fondé sur des droits ancestraux devant une cour supérieure, plutôt que devant un tribunal administratif provincial telle la commission, touche à l'essentiel de l'indianité.

En conséquence, compte tenu essentiellement de la distinction qui existe entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, je conclus que la Constitution permet à la législature de la Colombie-Britannique d'habiliter la commission

they arise in the execution of its valid provincial mandate respecting forestry. I turn now to the question of whether the provisions of the Code in force at the time of this appeal's events actually gave such a power to the Commission.

(7) The Disguised Claim of Bias

There was much discussion in the written and oral submissions concerning the unsuitability of any organ created by the Province of British Columbia hearing an argument relating to s. 35 rights. The concern, evidently, is that the significant number of aboriginal land claims in the Province assure that the interests of the Province are adverse to those of aboriginal persons. As I understand it, this argument is not one of constitutional law. It finds no place within the doctrine that has accreted around the division of powers. It strikes me more as an administrative law argument respecting the Commission's impartiality. The constitutional determination made here says nothing either way about the impartiality of the Commission, and does not preclude a fact-specific argument being raised in the future in the context of a particular constituted board and its practice: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at paras. 44 and 197; *Matsqui*, *supra*, at pp. 67-72. In short, the potential bias argument is irrelevant to the constitutional division of powers issue.

B. *Statutory Interpretation: Does the Code Empower the Commission to Hear and Decide Section 35 Questions?*

(1) Are Section 35 Questions Distinct From Other Constitutional Matters?

As a preliminary issue, I note that there is no basis for requiring an express empowerment that

à trancher des questions relatives aux droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée en matière de ressources forestières. Je vais maintenant examiner si les dispositions du Code en vigueur au moment où sont survenus les faits à l'origine du présent pourvoi conféraient réellement un tel pouvoir à la commission.

(7) L'argument déguisé de la partialité

Les plaidoiries et les observations écrites traitent abondamment de l'inopportunité qu'un organisme créé par la province de la Colombie-Britannique entende un argument relatif aux droits garantis par l'art. 35. Il est clair que l'on s'inquiète du fait que les nombreuses revendications territoriales des autochtones dans cette province font en sorte que la province et les autochtones ont des intérêts opposés. Si je comprends bien, cet argument n'a pas trait au droit constitutionnel. Il n'a rien à voir avec les théories qui se sont développées au sujet du partage des compétences. Il m'apparaît tenir davantage d'un argument de droit administratif concernant l'impartialité de la commission. La décision constitutionnelle rendue en l'espèce ne précise rien dans un sens ou dans l'autre en ce qui concerne l'impartialité de la commission et elle n'empêche pas qu'un argument fondé sur des faits particuliers soit avancé, à l'avenir, dans le contexte d'un organisme administratif particulier et de sa procédure : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 44 et 197; *Matsqui*, précité, p. 67-72. Bref, l'argument du risque de partialité n'est pas pertinent en ce qui concerne la question du partage des compétences dans la Constitution.

B. *Interprétation de la loi : Le Code habilite-t-il la commission à entendre et à trancher des questions concernant l'art. 35?*

(1) Les questions concernant l'art. 35 diffèrent-elles des autres questions de droit constitutionnel?

À titre préliminaire, je souligne que rien ne justifie d'exiger une attribution expresse de

an administrative tribunal be able to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, such as the division of powers under the *Constitution Act, 1867* or a right under the *Charter*. Section 35 is not, any more than the *Charter*, "some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch" (*Cooper*, *supra*, at para. 70, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting). This Court has rejected the theory that Indian reserves are federal "enclaves" from which provincial laws are excluded: Hogg, *supra*, at p. 27-10, discussing *Francis*, *supra*; *Four B*, *supra*. Similarly, aboriginal rights do not constitute an enclave that excludes a provincially created administrative tribunal from ruling, at first instance, on the border between those aboriginal rights and a provincial law of general application. The arguments that s. 35 rights are qualitatively different — that they are more complex, and require greater expertise in relation to the evidence adduced — have little merit. As Moen J. noted in *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, at para. 51, in determining that a Human Rights Tribunal had jurisdiction to consider a s. 35 argument:

> [T]here is no principled basis for distinguishing *Charter* questions from s. 35 questions in the context of the Tribunal's jurisdiction to consider constitutional questions. In either case, the decision-maker is simply applying the tests set out in the case law to determine if the particular right claimed is protected by the *Constitution*. In either case, if the applicant is successful, the result is a declaration of invalidity or a refusal to apply only the particular statute or provision before the decision-maker.

To the extent that aboriginal rights are unwritten, communal or subject to extinguishment, and thus a factual inquiry is required, it is worth noting that administrative tribunals, like courts, have fact-finding functions. Boards are not necessarily in an

compétence pour qu'un tribunal administratif soit capable d'appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l'art. 35 de celui de se prononcer sur d'autres questions de droit constitutionnel — comme le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* — ou sur un droit garanti par la *Charte*. L'article 35 n'est pas plus que la *Charte* « un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder » (*Cooper*, précité, par. 70, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente). Notre Cour a rejeté la théorie voulant que les réserves indiennes soient des « enclaves » fédérales où ne s'appliquent pas les lois provinciales : Hogg, *op. cit.*, p. 27-10, analysant les arrêts *Francis* et *Four B*, précités. De même, les droits ancestraux ne constituent pas une enclave où les tribunaux administratifs provinciaux ne peuvent pas se prononcer, en premier ressort, sur la ligne qui sépare ces droits ancestraux d'une loi provinciale d'application générale. Les arguments voulant que les droits garantis par l'art. 35 soient qualitativement différents — qu'ils soient plus complexes et exigent une plus grande expertise relativement à la preuve produite — sont peu fondés. Comme le fait observer le juge Moen dans la décision *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, par. 51, en décidant qu'un tribunal des droits de la personne était compétent pour examiner un argument fondé sur l'art. 35 :

> [TRADUCTION] [I]l n'y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les questions relatives à la *Charte* et de celles relatives à l'art. 35, dans le contexte du pouvoir du tribunal d'examiner des questions de droit constitutionnel. Dans les deux cas, l'instance décisionnelle ne fait qu'appliquer les critères énoncés dans la jurisprudence pour déterminer si un droit revendiqué est protégé par la *Constitution*. Dans les deux cas, si le demandeur a gain de cause, il s'ensuit une déclaration d'invalidité ou un refus d'appliquer seulement la loi ou la disposition en cause devant l'instance décisionnelle.

Dans la mesure où les droits ancestraux sont des droits non écrits, collectifs ou susceptibles d'extinction, et où un examen des faits est donc requis, il convient de noter que, à l'instar des cours de justice, les tribunaux administratifs remplissent des

inferior position to undertake such tasks. Indeed, the more relaxed evidentiary rules of administrative tribunals may in fact be more conducive than a superior court to the airing of an aboriginal rights claim.

One difficulty with the argument about complexity is that it is difficult to draw the line between simple questions of aboriginal law, that boards like the Commission should be able to hear, and complex questions. In the hearing, counsel for the appellants was unable to provide a principled and convincing way to distinguish aboriginal law questions simple enough and therefore appropriate for the Commission from those that, in her view, were not. A member of the Court asked counsel for the appellants whether the Commission would be able to determine whether a person charged with an infraction was an Indian for the purposes of applying a superior court's declaration delineating an aboriginal right. Counsel replied that that would simply be a factual determination and well within the Commission's competency. She had no response, however, to the rejoinder that even ostensibly "factual" questions of aboriginal status can routinely engage more complex questions of s. 35 and federal aboriginal rights. The nature of the question (fact, mixed fact and law, or law) assists in determining the standard of review for decisions by administrative tribunals: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. Such distinctions are not watertight enough, however, to serve as the basis for determining a board's jurisdiction to hear and decide a question. A further unconvincing argument was that aboriginal rights are, today, complicated and in a state of flux, but that in the future, when they have been settled, it may be appropriate for administrative tribunals to consider them. Again, such lines are not easily enough drawn for that to be the judicial test. The Attorney General of British Columbia presented no workable way of taking from administrative tribunals the complicated aboriginal law issues and leaving with them the simpler aboriginal law issues that they could resolve speedily

fonctions de constatation des faits. Les organismes administratifs ne sont pas nécessairement moins bien placés pour accomplir ces tâches. En fait, les règles de preuve plus souples des tribunaux administratifs peuvent se prêter mieux que celles d'une cour supérieure à la revendication de droits ancestraux.

Le problème que pose l'argument relatif à 37
la complexité est qu'il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre les simples questions de droit autochtone que les organismes administratifs, comme la commission, doivent être compétents pour trancher, et les questions complexes. À l'audience, l'avocate des appelants a été incapable d'énoncer une façon convaincante et fondée sur des principes de distinguer les questions de droit autochtone qui sont assez simples pour relever de la commission de celles qui, à son avis, ne le sont pas. Un juge de notre Cour a demandé à l'avocate des appelants si, pour appliquer une déclaration d'une cour supérieure délimitant un droit ancestral, la commission aurait compétence pour déterminer si une personne accusée d'une infraction est un Indien. L'avocate a répondu que ce serait simplement une décision portant sur une question de fait qui relèverait parfaitement de la compétence de la commission. Elle n'a toutefois rien trouvé à répondre à la réplique que, même les questions manifestement « factuelles » touchant le statut d'Indien peuvent couramment faire intervenir des questions plus complexes relatives à l'art. 35 et aux droits ancestraux relevant de la compétence fédérale. La nature de la question (de fait ou de droit, ou encore mixte de fait et de droit) aide à déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Toutefois, ces distinctions ne sont pas suffisamment étanches pour étayer une décision qu'un organisme administratif a compétence pour entendre et trancher une question. Un autre argument non convaincant était que, de nos jours, les droits ancestraux sont compliqués et en évolution constante, mais qu'à l'avenir, lorsqu'ils auront été délimités, il pourrait convenir que des tribunaux administratifs les examinent. Là encore, il n'est pas suffisamment facile de tracer de telles lignes de démarcation pour

and satisfactorily, in the best interests of all concerned.

38 I conclude, therefore, that there is no principled basis for distinguishing s. 35 rights from other constitutional questions.

(2) The Appropriate Test: the Power to Determine Questions of Law

39 The facts and arguments in this appeal and those in *Martin*, *supra*, have presented this Court with an opportunity to review its jurisprudence on the power of administrative tribunals to determine questions of constitutional law. As Gonthier J. notes in *Martin*, at para. 34, the principle of constitutional supremacy in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* leads to a presumption that all legal decisions will take into account the supreme law of the land. "In other words", as he writes, "the power to decide a question of law is the power to decide by applying only valid laws" (para. 36). One could modify that statement for the present appeal by saying that the power of an administrative board to apply valid laws is the power to apply valid laws only to those factual situations to which they are constitutionally applicable, or to the extent that they do not run afoul of s. 35 rights. This Court's decision in *Cooper*, *supra*, has too easily been taken as suggesting that practical considerations relating to a tribunal may readily overcome this presumption. I am of the view that the approach set out in *Martin*, in the context of determining a tribunal's power to apply the *Charter*, is also the approach to be taken in determining a tribunal's power to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the

en faire le critère applicable en justice. Le procureur général de la Colombie-Britannique n'a présenté aucun moyen réaliste de soustraire les questions de droit autochtone compliquées à l'examen des tribunaux administratifs, pour ne leur laisser que les questions de droit autochtone plus simples qu'ils pourraient régler de façon rapide et satisfaisante, dans le meilleur intérêt de toutes les parties intéressées.

Je conclus donc qu'il n'y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les droits visés à l'art. 35 des autres questions de droit constitutionnel.

(2) Le critère applicable : le pouvoir de trancher des questions de droit

Les faits et les arguments du présent pourvoi et ceux de l'arrêt *Martin*, précité, ont permis à notre Cour de revoir sa jurisprudence relative au pouvoir des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel. Comme le fait observer le juge Gonthier dans l'arrêt *Martin*, par. 34, le principe de la suprématie de la Constitution, à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, amène à présumer que toute décision portant sur une question de droit tient compte de la loi suprême du pays. « En d'autres termes », écrit-il, « le pouvoir de trancher une question de droit s'entend du pouvoir de la trancher en n'appliquant que des règles de droit valides » (par. 36). Pour les besoins du présent pourvoi, on pourrait modifier cet énoncé en disant que le pouvoir d'un organisme administratif d'appliquer des règles de droit valides est le pouvoir d'appliquer ces règles uniquement aux situations de fait auxquelles elles sont constitutionnellement applicables, ou encore dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'art. 35. L'arrêt *Cooper*, précité, de notre Cour a trop aisément été interprété comme indiquant que cette présomption peut facilement être réfutée au moyen de considérations pratiques relatives au tribunal administratif en cause. Je suis d'avis que l'approche adoptée dans l'arrêt *Martin* pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la *Charte* est également celle qui doit être adoptée pour décider si un tribunal

concomitant jurisdiction to interpret or decide that question in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. Practical considerations will generally not suffice to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. This is not to say, however, that practical considerations cannot be taken into consideration in determining what is the most appropriate way of handling a particular dispute where more than one option is available.

The parties spent some time discussing the relationship between a tribunal's remedial powers and its jurisdiction to hear particular categories of legal questions. The appellants referred the Court to *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), and *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82. In those cases, this Court articulated a functional and structural approach for determining whether an inferior court is a "court of competent jurisdiction" for the purposes of granting a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. It was suggested in the hearing that the test in *Dunedin* gives credit to the view that remedial powers are a central feature to determine jurisdiction, that *Dunedin* and *Hynes* can be read broadly as indicating that there are distinctions between particular subject matters of constitutional law, and that implied jurisdiction to consider general questions of law may include only certain questions concerning the constitutional validity of the tribunal's enabling statute. I cannot accept these points. First, this Court has already recognized that the power to find a statutory provision of no effect, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, is distinct from the remedial power to invoke s. 24(1) of the *Charter*: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 31. In other words, an inferior court's remedial

administratif peut appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. En général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'est pas possible de tenir compte de considérations pratiques pour déterminer quelle solution convient le mieux pour régler un différend lorsqu'il existe plusieurs possibilités.

Les parties ont consacré un certain temps à l'analyse du lien entre les pouvoirs de réparation d'un tribunal administratif et sa compétence pour entendre des catégories particulières de questions de droit. Les appelants ont mentionné les arrêts *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), et *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82, où notre Cour a adopté une approche fonctionnelle et structurelle pour décider si une cour d'instance inférieure est un « tribunal compétent » pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. On a laissé entendre, à l'audience, que le critère de l'arrêt *Dunedin* étaye le point de vue selon lequel les pouvoirs de réparation revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de compétence, qu'il est possible de donner aux arrêts *Dunedin* et *Hynes* une interprétation large en considérant qu'ils indiquent l'existence de distinctions entre certaines matières relevant du droit constitutionnel et que la compétence implicite pour examiner des questions de droit générales ne peut viser que certaines questions relatives à la constitutionnalité de la loi habilitante du tribunal administratif en cause. Je ne puis souscrire à ces observations. Premièrement, notre Cour a déjà reconnu que le pouvoir de déclarer une disposition législative inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est distinct du pouvoir d'accorder une réparation procédant 40

powers are not determinative of its jurisdiction to hear and determine constitutional issues. In any case, s. 35 is part of the *Constitution Act, 1982*, but not of the *Charter*. Accordingly, there is no issue whatsoever of remedies under s. 24(1), and the Commission's remedial powers are not before us in the present appeal. Second, this Court's decisions in *Dunedin* and *Hynes* dealt, in two different contexts, with the same question: Was there a "court of competent jurisdiction" for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*? In *Dunedin*, *supra*, at para. 73, McLachlin C.J. held that, where there is no express legislative intention to grant jurisdiction, jurisdiction may nonetheless be implied from the structure of the tribunal's enabling legislation, the powers conferred on the tribunal, the function it performs, and its overall context. The inquiry in those cases, and prior ones, such as *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, arises from the term "court of competent jurisdiction" in s. 24(1). The test developed for applying that term should not, in my view, be taken as suggesting that, outside that unique context, there will be lines drawn between the kinds of constitutional questions that a tribunal is able to hear.

(3) Application of the Test

(a) *The Statutory Scheme*

41 In my view, it is clear that the statutory mandate given to the Commission by the Code requires the Commission to determine questions of law. Consider s. 131(8):

131 . . .

(8) A party may

. . .

du par. 24(1) de la *Charte* : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 31. Autrement dit, les pouvoirs de réparation d'une cour d'instance inférieure ne sont pas déterminants en ce qui concerne sa compétence pour entendre et trancher des questions de droit constitutionnel. De toute façon, l'art. 35 fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non de la *Charte*. En conséquence, il n'est aucunement question des réparations visées au par. 24(1) et, en l'espèce, nous ne sommes pas saisis de la question des pouvoirs de réparation de la commission. Deuxièmement, les arrêts *Dunedin* et *Hynes* de notre Cour portaient, dans deux contextes différents, sur la même question : Était-on en présence d'un « tribunal compétent » pour agir en vertu du par. 24(1) de la *Charte*? Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 73, la juge en chef McLachlin a décidé que, lorsqu'elle n'est pas indiquée expressément, l'intention du législateur d'attribuer compétence peut néanmoins être inférée de l'économie de la loi habilitante du tribunal en question, des pouvoirs qui lui sont conférés, de la fonction de ce tribunal et du contexte global dans lequel il exerce ses activités. L'examen effectué dans ces arrêts et d'autres qui les ont précédé, comme *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, résulte de l'expression « tribunal compétent » figurant au par. 24(1). Le critère servant à appliquer cette expression ne doit pas, à mon sens, être interprété comme indiquant que, en dehors de ce contexte exceptionnel, des lignes de démarcation sont tracées entre les types de questions de droit constitutionnel qu'un tribunal administratif est compétent pour entendre.

(3) Application du critère

a) *Le régime établi par la loi*

À mon avis, il est clair que la mission que le Code confie à la commission l'oblige à trancher des questions de droit. Voyons le par. 131(8) :

[TRADUCTION]

131 . . .

(8) Une partie peut

. . .

(d) make submissions as to facts, law and jurisdiction.

The provision providing for an appeal is also revealing:

141 (1) The minister or a party to the appeal before the commission may, within 3 weeks after being given the decision of the commission and by application to the Supreme Court, appeal the decision of the commission on a question of law or jurisdiction.

These provisions make it impossible, in my reading of the Code, to sustain the argument that the Commission, an adjudicative body, determines purely factual matters. Moreover, the Commission's past decisions reveal that it has, in the conduct of its mandate, been determining legal questions including, for example, the availability of protections guaranteed by s. 11 of the *Charter*; application of the principle of double jeopardy; availability of the defences of due diligence, estoppel and officially induced error; and application of the principle *de minimis non curat lex*.

I note, in passing, that the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, s. 77, introduced amendments providing the Minister the power to require the holder of an agreement to remedy or mitigate "a potential, unjustifiable infringement of an aboriginal right, including aboriginal title". The Minister's order would be appealable to the Commission (ss. 80 and 82). The Commission noted in its factum (at para. 46), "[a]ccordingly, despite the Province's position in this Court that the Commission is incapable of dealing with 'aboriginal rights issues', the Legislative Assembly has seen fit very recently to bring those very same issues before the Commission." Those amendments are not in force. Indeed, on May 29, 2003, the Legislative Assembly gave First Reading to Bill 69, the *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003* (*Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl.,

d) présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence.

La disposition prévoyant un droit d'appel est également révélatrice :

[TRADUCTION]

141 (1) Le ministre ou une partie à l'appel devant la commission peut, dans les 3 semaines après s'être vu remettre la décision de la commission et en présentant une demande en ce sens à la Cour suprême, appeler de la décision de la commission sur une question de droit ou de compétence.

Selon mon interprétation du Code, ces dispositions font en sorte qu'il est impossible de soutenir que la commission, un organisme juridictionnel, tranche de simples questions de fait. De plus, les décisions antérieures de la commission révèlent qu'elle a, dans l'accomplissement de sa mission, tranché des questions de droit touchant notamment la possibilité d'invoquer les garanties de l'art. 11 de la *Charte*, l'application du principe de la protection contre la double incrimination, la possibilité d'invoquer les moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable, la préclusion et l'erreur provoquée par une personne en autorité, ainsi que l'application du principe *de minimis non curat lex*.

Je souligne, en passant, que la *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69, art. 77, a introduit des modifications conférant au ministre le pouvoir d'obliger le bénéficiaire d'un accord à réparer ou à limiter [TRADUCTION] « une violation potentielle et injustifiable d'un droit ancestral, y compris du titre aborigène ». L'arrêté ministériel est susceptible d'appel devant la commission (art. 80 et 82). La commission a fait observer, au par. 46 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, malgré la position que la province a adoptée devant la présente Cour, à savoir que la commission n'a pas le pouvoir de trancher des "questions de droits ancestraux", l'assemblée législative a jugé bon, tout récemment, de saisir la commission de ces mêmes questions. » Ces modifications ne sont pas en vigueur. En réalité, le 29 mai 2003, l'assemblée législative a procédé à la première lecture du projet de loi 69, intitulé *Forest and Range Practices* 42

p. 7108), which would amend s. 77 (ss. 36 and 39 of Bill 69). It would be inappropriate to rely on s. 77, and it is unnecessary to do so for my analysis.

(b) *The Nature of an Appeal to the Commission*

43 The respondent Mr. Paul made an argument based on the Commission's role within the forestry administrative scheme. He submitted that the Commission is an appeal board without power to deal with a dispute *de novo*. Therefore, he submits, the Commission's jurisdiction is limited in the same way as that of the District Manager and Administrative Review Panel. These bodies were found, by the chambers judge, to have no jurisdiction to determine whether a s. 35 right could be invoked. It is unnecessary for the purposes of this appeal to pronounce upon the jurisdiction of the District Manager and the Administrative Review Panel. Assuming for argument's sake, however, that Pitfield J. was correct, I reject the respondent's argument that it would necessarily follow that the Commission could not have a broader jurisdiction than the two decision makers below. In support of his position, the respondent referred to two cases, *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), and *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii. Both relate to the right of appeal to the Supreme Court of British Columbia from a decision of the Chief Gold Commissioner under provincial mining legislation. Both involved Rule 49 of the British Columbia *Supreme Court Rules*. The Court of Appeal in both cases held that the right of appeal did not permit a trial *de novo*.

44 I wish in no respect to comment on the validity of those decisions in their proper context or on the interpretation of Rule 49. Those cases, however, dealt with an appeal from an administrative scheme to a superior court. It was on

Amendment Act, 2003 (*Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, n° 7, 4e sess., 37e lég., p. 7108), visant à modifier l'art. 77 (art. 36 et 39 du projet de loi 69). Il ne convient pas d'invoquer l'art. 77 et il n'est pas nécessaire de le faire pour les besoins de mon analyse.

b) *La nature d'un appel devant la commission*

L'intimé, M. Paul, a avancé un argument fondé sur le rôle de la commission dans le régime administratif applicable aux ressources forestières. Il a fait valoir que la commission est une commission d'appel inhabile à entendre un litige *de novo*. En conséquence, prétend-il, la compétence de la commission est limitée de la même manière que celle du chef de district et du comité de révision administrative. Le juge en chambre a conclu que ces organismes n'avaient pas compétence pour décider si un droit visé à l'art. 35 pouvait être revendiqué. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de se prononcer sur la compétence du chef de district et du comité de révision administrative. À supposer, toutefois, pour les fins de la discussion, que le juge Pitfield ait eu raison, je rejette l'argument de l'intimé voulant qu'il s'ensuive nécessairement que la commission ne peut pas avoir une compétence plus large que les deux instances décisionnelles inférieures. L'intimé cite deux décisions à l'appui de son point de vue, à savoir *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), et *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii. Ces deux affaires concernent le droit d'interjeter appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre une décision du commissaire en chef de l'or fondée sur la loi provinciale relative aux mines. Dans les deux cas, il était question de l'art. 49 des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. Dans les deux cas également, la Cour d'appel a décidé que le droit d'appel n'autorisait pas la tenue d'un procès *de novo*.

Je ne tiens absolument pas à commenter la validité de ces arrêts dans le contexte qui leur est propre, ni en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 49. Il y était toutefois question d'un appel interjeté devant une cour supérieure, dans le cadre

precisely that basis that the Court of Appeal in *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, recently distinguished *Dupras*. The issue there was a statutory appeal from the Chicken Marketing Board to the Marketing Board. The former was not an adjudicative body. In contrast, the Marketing Board almost always conducted hearings with witnesses, sworn testimony and oral submissions; provided the opportunity for parties to be represented by counsel; and gave reasons for its decisions. The Court of Appeal held that the statutory appeal to the Marketing Board was a full hearing on the merits, there being no suggestion that significant deference was owed to the lower board. The chambers judge had erred in applying *Dupras*, an appeal from a specialized statutory office to a superior court, not an appeal within an administrative scheme to a specialized appeal board. The Marketing Board was not a generalist court, but a specialized tribunal expected to use its expertise. That expertise would be squandered if the Marketing Board were bound to defer to the lower board and restrict its inquiry to the grounds before the lower board (paras. 11-14). I note that in the case of an appeal from a tribunal to a superior court, as opposed to an appeal within an administrative scheme, the reviewing judge will follow the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review: *Dr. Q*, *supra*, at para. 25. This Court's decision in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, is another relevant example. In that case, again within an administrative scheme, only the umpire was expressly given powers to determine questions of law. This Court held that it was the umpire, who sat on appeal from the Board of Referees, who had the power to consider constitutional questions. La Forest J. noted that where the litigant has the possibility of an administrative appeal before a body with the power to consider constitutional arguments, the need for determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly less (p. 36). That conclusion would have been impossible if, as a general proposition, an appeals tribunal could not consider issues not raised below. I see no basis

d'un régime administratif. C'est exactement pour ce motif que, dans l'arrêt *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, la Cour d'appel a récemment établi une distinction d'avec l'arrêt *Dupras*. Il y était question d'un appel, prévu par la loi, que l'office de commercialisation du poulet avait interjeté devant l'office de commercialisation. L'office de commercialisation de poulet n'était pas un organisme juridictionnel. Par contre, l'office de commercialisation tient presque toujours une audience avec des témoins à qui il fait prêter serment et il entend des plaidoiries, permet aux parties de se faire représenter par un avocat et motive ses décisions. La Cour d'appel a décidé que l'appel prévu par la loi devant l'office de commercialisation constituait une audience complète au fond, alors que rien n'indiquait qu'il y avait lieu de faire montre de beaucoup de déférence à l'égard de l'office inférieur. Le juge en chambre avait commis une erreur en appliquant l'arrêt *Dupras*, qui concernait un appel qu'un office spécialisé créé par la loi avait interjeté devant une cour supérieure, et non pas un appel interjeté devant une commission d'appel spécialisée, dans le cadre d'un régime administratif. L'office de commercialisation était non pas une cour généraliste, mais un tribunal spécialisé censé mettre à profit son expertise. Il gaspillerait cette expertise s'il était tenu de s'en remettre à l'organisme administratif inférieur et de limiter son enquête aux moyens dont celui-ci était saisi (par. 11-14). Je constate que, dans le cas d'un appel d'un tribunal administratif à une cour supérieure, par opposition à un appel interjeté dans le cadre d'un régime administratif, le juge qui effectue le contrôle judiciaire détermine la norme de contrôle applicable au moyen de la méthode pragmatique et fonctionnelle : *Dr Q*, précité, par. 25. L'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, de notre Cour est un autre exemple pertinent. Dans cette affaire, là encore dans le cadre d'un régime administratif, seul le juge-arbitre était expressément habilité à trancher des questions de droit. Notre Cour a décidé que c'était le juge-arbitre, qui siégeait en appel d'une décision du conseil arbitral, qui avait le pouvoir d'examiner des questions de droit constitutionnel. Le juge La Forest a souligné que, lorsque le justiciable a la possibilité

for prohibiting the Commission from hearing a s. 35 argument on the basis of the nature of the appeal.

45 I conclude, therefore, that the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters. No argument was made that the Legislature has expressly or by clear implication arising from the statutory scheme withdrawn from the Commission the power to determine related questions under s. 35 that will presumptively attend the power to determine questions of law. The Commission therefore has the power to hear and decide the incidental issues relating to Mr. Paul's defence of aboriginal rights.

III. Conclusion

46 For the reasons given above, I would allow the appeal. The province of British Columbia has legislative competence to endow an administrative tribunal with the capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. More specifically, the Commission, by virtue of its power to determine legal questions, is competent to hear Mr. Paul's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home.

47 My conclusions mean that the Commission has jurisdiction to continue hearing all aspects of the matter of Mr. Paul's four seized logs. Unless he moves in the Supreme Court of British Columbia for a declaration respecting his aboriginal rights, Mr. Paul must present the evidence of his ancestral right to the Commission. As yet he has merely asserted his defence. If he is unsatisfied with the Commission's

d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question de droit constitutionnel par le tribunal de premier ressort est manifestement moins grand (p. 36). Il aurait été impossible de tirer cette conclusion si, en règle générale, un tribunal d'appel ne pouvait pas examiner des questions non soulevées devant l'instance inférieure. Je ne vois aucune raison d'interdire à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté.

Je conclus donc que la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières. Aucun argument n'a été avancé selon lequel la législature aurait, expressément ou selon ce qui ressort clairement du régime établi par la loi, retiré à la commission le pouvoir de trancher des questions connexes fondées sur l'art. 35, qui, présume-t-on, se rattache au pouvoir de trancher des questions de droit. La commission a donc le pouvoir d'entendre et de trancher les questions accessoires relatives au moyen de défense fondé sur des droits ancestraux, qu'invoque M. Paul.

III. Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La province de la Colombie-Britannique a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Plus précisément, en raison de son pouvoir de trancher des questions de droit, la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison.

Mes conclusions signifient que la commission est compétente pour poursuivre l'instruction de tous les aspects de l'affaire concernant la saisie des quatre troncs d'arbre que M. Paul avait en sa possession. À moins de demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire relativement à ses droits ancestraux, M. Paul doit faire la preuve de son droit ancestral devant la

determination of the relationship between his s. 35 rights and the prohibition against cutting trees in s. 96 of the Code, he can move for judicial review in the Supreme Court of British Columbia. The standard of review for the Commission's determinations concerning aboriginal law will be correctness.

The Attorney General of British Columbia and the Ministry of Forests, who are successful respecting the Province's legislative capacity but unsuccessful respecting the scope of the Commission's actual power, did not seek costs. The respondent, Mr. Paul, sought costs, but has been unsuccessful. Only the Commission, a party intervener, succeeded fully in this appeal. The Commission did not seek costs in this Court, but did request an order setting aside the costs award against it in the court below. In my view, this request should be granted, and accordingly the costs award in the Court of Appeal is set aside.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Can ss. 130 to 141 of the *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, c. 41, constitutionally apply *ex proprio vigore* to confer upon the Forest Appeals Commission jurisdiction to decide questions of law in respect of aboriginal rights or aboriginal title?

Answer: Yes. As a law of general application, the *Forest Practices Code of British Columbia* applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

2. If the answer is "no", do the impugned provisions nonetheless apply to confer this jurisdiction by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5?

Answer: It is not necessary to answer this question.

commission. Jusqu'à maintenant, il s'est contenté d'invoquer son moyen de défense. S'il est insatisfait de la décision de la commission sur le lien entre ses droits garantis par l'art. 35 et l'interdiction de la coupe d'arbres énoncée à l'art. 96 du Code, il pourra demander un contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La norme de contrôle applicable aux décisions de la commission relatives au droit autochtone est celle de la décision correcte.

Le procureur général de la Colombie-Britannique et le ministère des Forêts, qui obtiennent gain de cause relativement à la compétence législative de la province, mais non quant à l'étendue du pouvoir réel de la commission, n'ont pas sollicité de dépens. L'intimé, M. Paul, a sollicité des dépens, mais n'a pas eu gain de cause. Seule la commission, intervenante, a eu entièrement gain de cause dans le présent pourvoi. La commission n'a pas sollicité de dépens devant notre Cour, mais elle a demandé une ordonnance annulant les dépens que la Cour d'appel lui a ordonné de verser. À mon avis, il y a lieu de faire droit à cette demande et d'annuler les dépens accordés par la Cour d'appel. 48

Je suis d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles : 49

1. Les articles 130 à 141 du *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, ch. 41, s'appliquent-ils *ex proprio vigore*, d'une manière conforme à la Constitution, pour attribuer à la Forest Appeals Commission compétence pour trancher des questions de droit relatives aux droits ancestraux ou au titre aborigène?

Réponse : Oui. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Dans la négative, les dispositions contestées s'appliquent-elles néanmoins pour attribuer cette compétence en raison de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Forest Appeals Commission: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

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, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape & Salter, Vancouver.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Forest Appeals Commission : Arvay Finlay, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant First Nations Summit : Pape & Salter, Vancouver.

Minister of Forests and Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Appellants*

v.

Council of the Haida Nation and Guujaaw, on their own behalf and on behalf of all members of the Haida Nation *Respondents*

and between

Weyerhaeuser Company Limited *Appellant*

v.

Council of the Haida Nation and Guujaaw, on their own behalf and on behalf of all members of the Haida Nation *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Squamish Indian Band and Lax-kw'alaams Indian Band, Haisla Nation, First Nations Summit, Dene Tha' First Nation, Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief, Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries, Mining Association of British Columbia,

Ministre des Forêts et procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Conseil de la Nation haïda et Guujaaw, en leur propre nom et au nom des membres de la Nation haïda *Intimés*

et entre

Weyerhaeuser Company Limited *Appelante*

c.

Conseil de la Nation haïda et Guujaaw, en leur propre nom et au nom des membres de la Nation haïda *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Bande indienne de Squamish et Bande indienne des Lax-kw'alaams, Nation haisla, Sommet des Premières nations, Première nation Dene Tha', Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan, Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of

British Columbia Cattlemen's Association and Village of Port Clements *Interveners*

INDEXED AS: HAIDA NATION v. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF FORESTS)

Neutral citation: 2004 SCC 73.

File No.: 29419.

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 — Whether duty extends to third party.

For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of Haida Gwaii and the waters surrounding it, but that title has not yet been legally recognized. The Province of British Columbia issued a "Tree Farm License" (T.F.L. 39) to a large forestry firm in 1961, permitting it to harvest trees in an area of Haida Gwaii designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39, and in 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Co. The Haida challenged in court these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. They asked that the replacements and transfer be set aside. The chambers judge dismissed the petition, but found that the government had a moral, not a legal, duty to negotiate with the Haida. The Court of Appeal reversed the decision, declaring that both the government and Weyerhaeuser Co. have a duty to consult with and accommodate the Haida with respect to harvesting timber from Block 6.

Held: The Crown's appeal should be dismissed. Weyerhaeuser Co.'s appeal should be allowed.

While it is open to the Haida to seek an interlocutory injunction, they are not confined to that remedy, which

Forest Industries, Mining Association of British Columbia, British Columbia Cattlemen's Association et Village de Port Clements *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : NATION HAÏDA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS)

Référence neutre : 2004 CSC 73.

N° du greffe : 29419.

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 envers les peuples autochtones une obligation de consultation et d'accommodement avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? — L'obligation vise-t-elle aussi les tiers?

Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant; ce titre n'a pas encore été juridiquement reconnu. En 1961, la province de la Colombie-Britannique a délivré à une grosse compagnie forestière une « concession de ferme forestière » (CFF 39) l'autorisant à récolter des arbres dans la région des îles Haïda Gwaii connue sous le nom de Bloc 6. En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 et en 1999 il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Co. Les Haïda ont contesté devant les tribunaux ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. Ils demandent leur annulation. Le juge en son cabinet a rejeté la demande, mais a conclu que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda. La Cour d'appel a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser Co. ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations.

Arrêt : Le pourvoi de la Couronne est rejeté. Le pourvoi de Weyerhaeuser Co. est accueilli.

Il est loisible aux Haïda de demander une injonction interlocutoire, mais ce n'est pas leur seul recours. Par

may fail to adequately take account of their interests prior to final determination thereof. If they can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue other available remedies.

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the principle of the honour of the Crown, which must be understood generously. While the asserted but unproven Aboriginal rights and title are insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act as a fiduciary, 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 and proof. 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. 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. Consultation and accommodation before final claims resolution preserve the Aboriginal interest and are an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, demands.

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. The Crown is not under a duty to reach an agreement; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation in good faith. The content of the duty varies with the circumstances and each case must be approached individually and flexibly. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal people with respect to the interests at stake. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably

ailleurs, il est possible que l'injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte de leurs intérêts avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci. S'ils sont en mesure d'établir l'existence d'une obligation particulière donnant naissance à l'obligation de consulter ou d'accommoder, ils sont libres de demander l'application de ces mesures.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne, auquel il faut donner une interprétation généreuse. Bien que les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, ne soient pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire, cette dernière, si elle entend agir 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. 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 de la reconnaissance formelle des revendications. L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. La prise de mesures de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication permet de protéger les intérêts autochtones et constitue même un aspect essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. La Couronne n'a pas l'obligation de parvenir à une entente mais plutôt de mener de bonne foi de véritables consultations. Le contenu de l'obligation varie selon les circonstances et il faut procéder au cas par cas. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement. Lorsque des mesures d'accommodement sont nécessaires lors de la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre

with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

Third parties cannot be held liable for failing to discharge the Crown's duty to consult and accommodate. The honour of the Crown cannot be delegated, and the legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. This does not mean, however, that third parties can never be liable to Aboriginal peoples.

Finally, the duty to consult and accommodate applies to the provincial government. At the time of the Union, the Provinces took their interest in land subject to any interest other than that of the Province in the same. Since the duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union, the Province took the lands subject to this duty.

The Crown's obligation to consult the Haida on the replacement of T.F.L. 39 was engaged in this case. The Haida's claims to title and Aboriginal right to harvest red cedar were supported by a good *prima facie* case, and the Province knew that the potential Aboriginal rights and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. T.F.L. decisions reflect strategic planning for utilization of the resource and may have potentially serious impacts on Aboriginal rights and titles. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing T.F.L.'s. Furthermore, the strength of the case for both the Haida's title and their right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may also require significant accommodation to preserve the Haida's interest pending resolution of their claims.

Cases Cited

Applied: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; **referred to:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996]

raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.

Les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué, et la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe à la Couronne. Toutefois, cela ne signifie pas que des tiers ne peuvent jamais être tenus responsables envers des peuples autochtones.

Enfin, l'obligation de consultation et d'accommodement s'applique au gouvernement provincial. Les intérêts acquis par la province sur les terres lors de l'Union sont subordonnés à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province. Comme l'obligation de consulter et d'accommoder qui est en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation par la province, avant l'Union, de sa souveraineté sur le territoire visé, la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Les revendications par les Haïda du titre et du droit ancestral de récolter du cèdre rouge étaient étayées par une preuve à première vue valable, et la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Les décisions rendues à l'égard des CFF reflètent la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause et risquent d'avoir des conséquences graves sur les droits ou titres ancestraux. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l'étape de l'octroi ou du renouvellement de la CFF. De plus, la solidité de la preuve étayant l'existence d'un titre haïda et d'un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l'honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d'accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; **arrêts mentionnés :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1

2 S.C.R. 723; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, aff'd [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 109.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157.
Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "accommodate", "accommodation".

Hunter, John J. L. "Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction". Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252.

New Zealand. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Mäori*. Wellington: The Ministry, 1997.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147,

R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, conf. par [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157.
Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, ch. 17.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 109.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Doctrine citée

Hunter, John J. L. « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction ». Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.

Imbs, Paul, dir. *Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue du XIX^e^ et du XX^e^ siècle (1789-1960)*, t. 1. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1971, « accommodement », « accommoder ».

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252.

Nouvelle-Zélande. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Mäori*. Wellington : The Ministry, 1997.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147, avec motifs

with supplementary reasons (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

Paul J. Pearlman, Q.C., and *Kathryn L. Kickbush*, for the appellants the Minister of Forests and the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

John J. L. Hunter, Q.C., and *K. Michael Stephens*, for the appellant Weyerhaeuser Company Limited.

Louise Mandell, Q.C., *Michael Jackson, Q.C.*, *Terri-Lynn Williams-Davidson*, *Gidfahl Gudsllaay* and *Cheryl Y. Sharvit*, for the respondents.

Mitchell R. Taylor and *Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

E. Ria Tzimas and *Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind and *Kurt Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gregory J. McDade, Q.C., and *John R. Rich*, for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band.

Allan Donovan, for the intervener the Haisla Nation.

supplémentaires (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

Paul J. Pearlman, c.r., et *Kathryn L. Kickbush*, pour les appelants le ministre des Forêts et le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

John J. L. Hunter, c.r., et *K. Michael Stephens*, pour l'appelante Weyerhaeuser Company Limited.

Louise Mandell, c.r., *Michael Jackson, c.r.*, *Terri-Lynn Williams-Davidson*, *Gidfahl Gudsllaay* et *Cheryl Y. Sharvit*, pour les intimés.

Mitchell R. Taylor et *Brian McLaughlin*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

E. Ria Tzimas et *Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Graeme G. Mitchell, c.r., et *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind et *Kurt Sandstrom*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gregory J. McDade, c.r., et *John R. Rich*, pour les intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams.

Allan Donovan, pour l'intervenante la Nation haisla.

Hugh M. G. Braker, Q.C., Anja Brown, Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

Robert C. Freedman, for the intervener the Dene Tha' First Nation.

Robert J. M. Janes and *Dominique Nouvet*, for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief.

Charles F. Willms and *Kevin O'Callaghan*, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia.

Thomas F. Isaac, for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association.

Stuart A. Rush, Q.C., for the intervener the Village of Port Clements.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

To the west of the mainland of British Columbia lie the Queen Charlotte Islands, the traditional homeland of the Haida people. Haida Gwaii, as the inhabitants call it, consists of two large islands and a number of smaller islands. For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of the Haida Gwaii and the waters surrounding it. That title is still in the claims process and has not yet been legally recognized.

The islands of Haida Gwaii are heavily forested. Spruce, hemlock and cedar abound. The most important of these is the cedar which, since time immemorial, has played a central role in the economy and culture of the Haida people. It is from cedar that they made their ocean-going canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their

Hugh M. G. Braker, c.r., Anja Brown, Arthur C. Pape et *Jean Teillet*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

Robert C. Freedman, pour l'intervenante la Première nation Dene Tha'.

Robert J. M. Janes et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan.

Charles F. Willms et *Kevin O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia.

Thomas F. Isaac, pour l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association.

Stuart A. Rush, c.r., pour l'intervenant le village de Port Clements.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

1 À l'ouest de la partie continentale de la Colombie-Britannique s'étendent les îles de la Reine-Charlotte, patrie traditionnelle des Haïda. Les îles Haïda Gwaii, comme leurs habitants les appellent, se composent de deux grandes îles et de plusieurs petites îles. Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant. Ce titre en est toujours à l'étape de la revendication et n'a pas encore été juridiquement reconnu.

2 Les îles Haïda Gwaii sont densément boisées. L'épinette, la pruche et le cèdre y foisonnent. Le plus important de ces arbres est le cèdre, qui, depuis des temps immémoriaux, joue un rôle central dans l'économie et la culture des Haïda. C'est à partir du cèdre qu'ils fabriquaient leurs canots maritimes, leurs vêtements, leurs ustensiles et les totems qui

lodges. The cedar forest remains central to their life and their conception of themselves.

3 The forests of Haida Gwaii have been logged since before the First World War. Portions of the island have been logged off. Other portions bear second-growth forest. In some areas, old-growth forests can still be found.

4 The Province of British Columbia continues to issue licences to cut trees on Haida Gwaii to forestry companies. The modern name for these licenses are Tree Farm Licences, or T.F.L.'s. Such a licence is at the heart of this litigation. A large forestry firm, MacMillan Bloedel Limited acquired T.F.L. 39 in 1961, permitting it to harvest trees in an area designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39 pursuant to procedures set out in the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. In 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Company Limited ("Weyerhaeuser"). The Haida people challenged these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. Nevertheless, T.F.L. 39 continued.

5 In January of 2000, the Haida people launched a lawsuit objecting to the three replacement decisions and the transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser and asking that they be set aside. They argued legal encumbrance, equitable encumbrance and breach of fiduciary duty, all grounded in their assertion of Aboriginal title.

6 This brings us to the issue before this Court. The government holds legal title to the land. Exercising that legal title, it has granted Weyerhaeuser the right to harvest the forests in Block 6 of the land. But the Haida people also claim title to the land — title which they are in the process of trying to prove — and object to the harvesting of the forests on Block 6 as proposed in T.F.L. 39. In this situation, what duty if any does the government owe the

protégeaient leurs habitations. La forêt de cèdres demeure essentielle à leur vie et à la conception qu'ils se font d'eux-mêmes.

Les forêts des îles Haïda Gwaii étaient déjà exploitées avant la Première Guerre mondiale. Certaines parties du territoire ont été coupées à blanc. D'autres sont occupées par une forêt secondaire. Dans certaines régions, on peut encore trouver de vieilles forêts.

La province de la Colombie-Britannique continue de délivrer à des compagnies forestières des permis de coupe autorisant l'abattage d'arbres sur les îles Haïda Gwaii. Ce sont ces permis, maintenant appelés [TRADUCTION] « concessions de ferme forestière » (« CFF »), qui sont au cœur du présent litige. En 1961, MacMillan Bloedel Limited, une grosse compagnie forestière, a obtenu la CFF 39, qui lui permettait de récolter des arbres dans la région connue sous le nom de « Bloc 6 ». En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 conformément à la procédure prévue par la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. En 1999, il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Company Limited (« Weyerhaeuser »). Les Haïda ont contesté ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. La CFF 39 est cependant restée en vigueur.

En janvier 2000, les Haïda ont engagé une procédure par laquelle ils s'opposent aux trois remplacements et à la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser, et demandent leur annulation. Invoquant l'existence d'un titre ancestral, ils ont plaidé grèvement en common law, grèvement en equity et manquement à l'obligation de fiduciaire.

Cela nous amène à la question dont la Cour est saisie. Le gouvernement détient le titre en common law sur les terres en question. Dans l'exercice des pouvoirs que lui confère ce titre, il a accordé à Weyerhaeuser le droit d'exploiter les forêts du Bloc 6. Mais les Haïda prétendent également détenir un titre sur ces terres — titre dont ils tentent actuellement d'établir l'existence — et s'opposent à l'exploitation des forêts du Bloc 6 prévue par la

Haida people? More concretely, is the government required to consult with them about decisions to harvest the forests and to accommodate their concerns about what if any forest in Block 6 should be harvested before they have proven their title to land and their Aboriginal rights?

CFF 39. Dans ces circonstances, le gouvernement est-il tenu à une obligation envers les Haïda et, si oui, laquelle? De façon plus concrète, a-t-il l'obligation de consulter les Haïda avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts et de trouver des accommodements à leurs préoccupations quant à la question de savoir si les forêts du Bloc 6 peuvent être exploitées — et, dans l'affirmative, lesquelles — avant qu'ils aient pu établir l'existence de leur titre sur les terres et leurs droits ancestraux?

The stakes are huge. The Haida argue that absent consultation and accommodation, they will win their title but find themselves deprived of forests that are vital to their economy and their culture. Forests take generations to mature, they point out, and old-growth forests can never be replaced. The Haida's claim to title to Haida Gwaii is strong, as found by the chambers judge. But it is also complex and will take many years to prove. In the meantime, the Haida argue, their heritage will be irretrievably despoiled.

7 Les enjeux sont énormes. Les Haïda font valoir que, si on ne procède pas à ces consultation et accommodement, ils obtiendront leur titre mais se retrouveront privés de forêts qui sont vitales à leur économie et à leur culture. Il faut des générations aux forêts pour parvenir à maturité, soulignent-ils, et les vieilles forêts sont irremplaçables. Comme a conclu le juge en son cabinet, leur revendication du titre sur les îles Haïda Gwaii s'appuie sur des arguments solides. Mais elle est également complexe, et il faudra de nombreuses années pour l'établir. Les Haïda affirment qu'entre-temps ils auront été irrémédiablement dépouillés de leur héritage.

The government, in turn, argues that it has the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians, and that until the Haida people formally prove their claim, they have no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

8 Le gouvernement, pour sa part, soutient qu'il a le droit et le devoir d'aménager les ressources forestières dans l'intérêt de tous les habitants de la Colombie-Britannique et que, tant que les Haïda n'auront pas formellement établi le bien-fondé de leur revendication, ils n'ont aucun droit à des consultations ou à des accommodements à leurs besoins et intérêts.

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. 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 people with respect to harvesting timber from Block 6: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

9 Le juge en son cabinet a décidé que le gouvernement a l'obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda : [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser ont tous deux l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations en ce qui concerne la récolte de bois sur le bloc 6 : (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, avec motifs supplémentaires (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

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.

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.

II. Analysis

A. *Does the Law of Injunctions Govern This Situation?*

12 It is argued that the Haida's proper remedy is to apply for an interlocutory injunction against the government and Weyerhaeuser, and that therefore it is unnecessary to consider a duty to consult or accommodate. In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, the requirements for obtaining an interlocutory injunction were reviewed. The plaintiff must establish: (1) a serious issue to be tried; (2) that irreparable harm will be

Je conclus que le gouvernement est légalement tenu de consulter les Haïda au sujet de la récolte de bois sur le bloc 6, y compris en ce qui concerne la cession ou le remplacement des CFF. Une consultation menée de bonne foi pourrait à son tour entraîner l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Haïda à propos de la récolte de bois, mais il est impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'impose, à supposer qu'une telle mesure soit requise. Il faut une véritable consultation. Les intéressés n'ont aucune obligation de parvenir à une entente. Le gouvernement ne peut se décharger des obligations de consultation et d'accommodement en les déléguant à Weyerhaeuser. De son côté, cette dernière n'a pas d'obligation indépendante de consulter les Haïda ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations, bien qu'il demeure possible qu'elle soit tenue responsable à l'égard d'obligations qu'elle aurait assumées. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel de la Couronne et d'accueillir l'appel de Weyerhaeuser.

Il s'agit de la première affaire du genre à être soumise à la Cour. Notre tâche se limite modestement à établir le cadre général d'application, dans les cas indiqués, de l'obligation de consultation et d'accommodement avant que les revendications de titre et droits ancestraux soient tranchées. Au fur et à mesure de l'application de ce cadre, les tribunaux seront appelés, conformément à la méthode traditionnelle de la common law, à préciser l'obligation de consultation et d'accommodement.

II. Analyse

A. *Le droit en matière d'injonction s'applique-t-il en l'espèce?*

On fait valoir que le recours approprié pour les Haïda consiste à demander une injonction interlocutoire contre le gouvernement et contre Weyerhaeuser et qu'il est en conséquence inutile d'examiner la question de l'existence de l'obligation de consulter ou d'accommoder. Dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les critères à respecter pour obtenir une injonction interlocutoire ont été examinés. Le demandeur

suffered if the injunction is not granted; and (3) that the balance of convenience favours the injunction.

It is open to plaintiffs like the Haida to seek an interlocutory injunction. However, it does not follow that they are confined to that remedy. If plaintiffs can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue these remedies. Here the Haida rely on the obligation flowing from the honour of the Crown toward Aboriginal peoples.

Interlocutory injunctions may offer only partial imperfect relief. First, as mentioned, they may not capture the full obligation on the government alleged by the Haida. Second, they typically represent an all-or-nothing solution. Either the project goes ahead or it halts. By contrast, the alleged duty to consult and accommodate by its very nature entails balancing of Aboriginal and other interests and thus lies closer to the aim of reconciliation at the heart of Crown-Aboriginal relations, as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186. Third, the balance of convenience test tips the scales in favour of protecting jobs and government revenues, with the result that Aboriginal interests tend to "lose" outright pending a final determination of the issue, instead of being balanced appropriately against conflicting concerns: J. J. L. Hunter, "Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction" (June 2000). Fourth, interlocutory injunctions are designed as a stop-gap remedy pending litigation of the underlying issue. Aboriginal claims litigation can be very complex and require years and even decades to resolve in the courts. An interlocutory injunction over such a long period of time might work unnecessary prejudice and may diminish incentives on the part of the successful party to compromise. While Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state

doit établir les éléments suivants : (1) il existe une question sérieuse à juger; (2) le refus de l'injonction causera un préjudice irréparable; (3) la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction.

13 Il est loisible à des demandeurs comme les Haïda de demander une injonction interlocutoire. Cependant, cela ne signifie pas qu'il s'agit là de leur seul recours. Si des demandeurs sont en mesure d'établir l'existence d'une obligation particulière donnant naissance à l'obligation de consulter ou d'accommoder, ils sont libres de demander l'application de ces mesures. Ici, les Haïda invoquent l'obligation découlant du principe que la Couronne doit agir honorablement envers les peuples autochtones.

14 L'injonction interlocutoire n'offre parfois qu'une réparation partielle et imparfaite. Premièrement, comme nous l'avons déjà mentionné, elle peut ne pas faire apparaître toute l'obligation du gouvernement, qui, selon les Haïda, incombe au gouvernement. Deuxièmement, elle représente généralement la solution du tout ou rien. Ou le projet se poursuit, ou il s'arrête. Par contre, l'obligation de consulter et d'accommoder invoquée en l'espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l'objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones et qui a été énoncé dans les arrêts *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186. Troisièmement, le critère de la balance des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l'État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu'à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d'être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées : J. J. L. Hunter, « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction » (juin 2000). Quatrièmement, l'injonction interlocutoire est considérée comme une mesure corrective provisoire jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur la question litigieuse fondamentale. Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent

and Aboriginal interests. For all these reasons, interlocutory injunctions may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination.

15 I conclude that the remedy of interlocutory injunction does not preclude the Haida's claim. We must go further and see whether the special relationship with the Crown upon which the Haida rely gives rise to a duty to consult and, if appropriate, accommodate. In what follows, I discuss the source of the duty, when the duty arises, the scope and content of the duty, whether the duty extends to third parties, and whether it applies to the provincial government and not exclusively the federal government. I then apply the conclusions flowing from this discussion to the facts of this case.

B. *The Source of a Duty to Consult and Accommodate*

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

17 The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act

être extrêmement complexes et prendre des années, voire des décennies, avant d'être tranchées par les tribunaux. L'application d'une injonction interlocutoire pendant une si longue période pourrait causer des préjudices inutiles et pourrait inciter la partie en bénéficiant à faire moins de compromis. Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Pour toutes ces raisons, il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci.

J'estime que le recours en injonction interlocutoire ne fait pas obstacle à la revendication des Haïda. Nous devons aller plus loin et décider si les rapports particuliers avec la Couronne qu'invoquent les Haïda font naître une obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. Je vais maintenant analyser la source de l'obligation, le moment où elle prend naissance, sa portée et son contenu, la question de savoir si elle vise aussi les tiers et si elle s'applique au gouvernement provincial, et non exclusivement au gouvernement fédéral. J'appliquerai ensuite les conclusions de cette analyse aux faits de l'espèce.

B. *La source de l'obligation de consulter et d'accommoder*

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

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre

honourably. Nothing less is required if we are to achieve "the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown": *Delgamuukw*, *supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet*, *supra*, at para. 31.

The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 79. The content of the fiduciary duty may vary to take into account the Crown's other, broader obligations. However, the duty's fulfilment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group's best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake. As explained in *Wewaykum*, at para. 81, the term "fiduciary duty" does not connote a universal trust relationship encompassing all aspects of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples:

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

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

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of "sharp dealing" (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by

de traités, la Couronne doit agir honorablement. Il s'agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31.

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

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

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

19 L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont

stating that "nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship . . .".

20 Where treaties remain to be concluded, the honour of the Crown requires negotiations leading to a just settlement of Aboriginal claims: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1105-6. Treaties serve to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 represents a promise of rights recognition, and "[i]t is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises" (*Badger, supra*, at para. 41). This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation. 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.

21 This duty to consult is recognized and discussed in the jurisprudence. In *Sparrow, supra*, at p. 1119, this Court affirmed a duty to consult with west-coast Salish asserting an unresolved right to fish. Dickson C.J. and La Forest J. wrote that one of the factors in determining whether limits on the right were justified is "whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented".

22 The Court affirmed the duty to consult regarding resources to which Aboriginal peoples make claim a few years later in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. wrote: "So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement" (para. 110).

justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié . . . ».

Tant qu'un traité n'a pas été conclu, l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » (*Badger*, précité, par. 41). Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives. 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.

Cette obligation de consulter a été reconnue et analysée dans la jurisprudence. Dans *Sparrow*, précité, p. 1119, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de consulter les Salish de la côte ouest qui revendiquaient un droit de pêche non encore reconnu. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que, pour déterminer si les restrictions imposées au droit sont justifiées, il faut notamment se demander « si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre ».

Quelques années plus tard, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de consultation à l'égard des ressources visées par une revendication autochtone dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a écrit que « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier » (par. 110).

In the companion case of *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, Lamer C.J. referred to the need for "consultation and compensation", and to consider "how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery . . ., how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users" (para. 64).

Dans l'arrêt connexe *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer a fait état de la nécessité « [des] consultations et [de] l'indemnisation », et de la nécessité d'examiner « la manière dont l'État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée [. . .], l'importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l'État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers » (par. 64). 23

The Court's seminal decision in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, in the context of a claim for title to land and resources, confirmed and expanded on the duty to consult, suggesting the content of the duty varied with the circumstances: from a minimum "duty to discuss important decisions" where the "breach is less serious or relatively minor"; through the "significantly deeper than mere consultation" that is required in "most cases"; to "full consent of [the] aboriginal nation" on very serious issues. These words apply as much to unresolved claims as to intrusions on settled claims.

Au paragraphe 168 de l'arrêt de principe *Delgamuukw*, précité, prononcé dans le contexte d'une revendication de titre sur des terres et des ressources, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de consulter et a précisé cette obligation, affirmant que son contenu variait selon les circonstances : de la simple « obligation de discuter des décisions importantes » « lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur », en passant par l'obligation nécessitant « beaucoup plus qu'une simple consultation » qui s'impose « [d]ans la plupart des cas », jusqu'à la nécessité d'obtenir le « consentement [de la] nation autochtone » sur les questions très importantes. Ces remarques s'appliquent autant aux revendications non réglées qu'aux revendications déjà réglées et auxquelles il est porté atteinte. 24

Put simply, Canada's Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D'autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l'ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts. 25

C. *When the Duty to Consult and Accommodate Arises*

26 Honourable negotiation implies a duty to consult with Aboriginal claimants and conclude an honourable agreement reflecting the claimants' inherent rights. But proving rights may take time, sometimes a very long time. In the meantime, how are the interests under discussion to be treated? Underlying this question is the need to reconcile prior Aboriginal occupation of the land with the reality of Crown sovereignty. Is the Crown, under the aegis of its asserted sovereignty, entitled to use the resources at issue as it chooses, pending proof and resolution of the Aboriginal claim? Or must it adjust its conduct to reflect the as yet unresolved rights claimed by the Aboriginal claimants?

27 The answer, once again, lies in the honour of the Crown. 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 and proof. It must respect these potential, but yet unproven, interests. The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable.

28 The government argues that it is under no duty to consult and accommodate prior to final determination of the scope and content of the right. Prior to proof of the right, it is argued, there exists only

C. *Le moment où l'obligation de consulter et d'accommoder prend naissance*

L'obligation de négocier honorablement emporte celle de consulter les demandeurs autochtones et de parvenir à une entente honorable, qui tienne compte de leurs droits inhérents. Mais prouver l'existence de droits peut prendre du temps, parfois même beaucoup de temps. Comment faut-il traiter les intérêts en jeu dans l'intervalle? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la nécessité de concilier l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones et la réalité de la souveraineté de la Couronne. Celle-ci peut-elle, en vertu de la souveraineté qu'elle a proclamée, exploiter les ressources en question comme bon lui semble en attendant que la revendication autochtone soit établie et réglée? Ou doit-elle plutôt adapter son comportement de manière à tenir compte des droits, non encore reconnus, visés par cette revendication?

La réponse à cette question découle, encore une fois, de l'honneur de la Couronne. Si cette dernière entend agir honorablement, elle 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 respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.

Le gouvernement prétend qu'il n'a aucune obligation de consulter et d'accommoder tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue quant à la portée et au contenu du droit. Avant que le droit ne soit

a broad, common law "duty of fairness", based on the general rule that an administrative decision that affects the "rights, privileges or interests of an individual" triggers application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The government asserts that, beyond general administrative law obligations, a duty to consult and accommodate arises only where the government has taken on the obligation of protecting a specific Aboriginal interest or is seeking to limit an established Aboriginal interest. In the result, the government submits that there is no legal duty to consult and accommodate Haida interests at this stage, although it concedes there may be "sound practical and policy reasons" to do so.

The government cites both authority and policy in support of its position. It relies on *Sparrow*, *supra*, at pp. 1110-13 and 1119, where the scope and content of the right were determined and infringement established, prior to consideration of whether infringement was justified. The government argues that its position also finds support in the perspective of the Ontario Court of Appeal in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, which held that "what triggers a consideration of the Crown's duty to consult is a showing by the First Nation of a violation of an existing Aboriginal or treaty right recognized and affirmed by s. 35(1)" (para. 120).

As for policy, the government points to practical difficulties in the enforcement of a duty to consult or accommodate unproven claims. If the duty to consult varies with the circumstances from a "mere" duty to notify and listen at one end of the spectrum to a requirement of Aboriginal consent at the other end, how, the government asks, are the parties to agree which level is appropriate in the face of contested claims and rights? And if they cannot agree, how are courts or tribunals to determine this? The

établi, affirme-t-on, il n'existe qu'une « obligation d'équité » générale en common law, fondée sur la règle générale selon laquelle une décision administrative qui touche « les droits, privilèges ou biens d'une personne » entraîne l'application de cette obligation d'équité : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20. Le gouvernement affirme que, en dehors des obligations générales découlant du droit administratif, l'obligation de consulter et d'accommoder n'existe que dans le cas où le gouvernement s'est engagé à protéger un intérêt autochtone particulier ou cherche à restreindre un intérêt autochtone reconnu. Le gouvernement soutient donc qu'il n'existe, à ce stade-ci, aucune obligation légale de consulter les Haïda et de prendre en compte leurs intérêts, bien qu'il admette qu'il puisse exister de [TRADUCTION] « bonnes raisons sur le plan pratique et politique » de le faire.

29 Le gouvernement invoque des précédents et des considérations d'intérêt général à l'appui de sa thèse. Il cite *Sparrow*, précité, p. 1110-1113 et 1119, où l'étendue et le contenu du droit avaient été déterminés et l'atteinte avait été établie, avant que soit examinée la question de savoir si l'atteinte était justifiée. Le gouvernement prétend que sa position est également étayée par le point de vue exprimé dans *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que [TRADUCTION] « ce qui déclenche l'examen de l'obligation de la Couronne de consulter, c'est la démonstration par la Première nation qu'il y a eu violation d'un droit existant, ancestral ou issu de traité, reconnu et confirmé par le par. 35(1) » (par. 120).

30 Du point de vue des considérations d'intérêt général, le gouvernement invoque les difficultés que pose sur le plan pratique l'application de l'obligation de consulter ou d'accommoder dans les cas de revendications non établies. Si, selon les circonstances, l'obligation de consulter peut aller de la « simple » obligation d'informer et d'écouter, à une extrémité de la gamme, à l'obligation d'obtenir le consentement des Autochtones, à l'autre extrémité, comment, demande le gouvernement, les parties peuvent-elles

government also suggests that it is impractical and unfair to require consultation before final claims determination because this amounts to giving a remedy before issues of infringement and justification are decided.

31 The government's arguments do not withstand scrutiny. Neither the authorities nor practical considerations support the view that a duty to consult and, if appropriate, accommodate arises only upon final determination of the scope and content of the right.

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 legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people. As stated in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 9, "[w]ith this assertion [sovereignty] arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation" (emphasis added).

33 To limit reconciliation to the post-proof sphere risks treating reconciliation as a distant legalistic goal, devoid of the "meaningful content" mandated by the "solemn commitment" made by the Crown in recognizing and affirming Aboriginal rights and

s'entendre sur le degré de consultation lorsque des revendications et des droits sont contestés? Et si elles n'arrivent pas à s'entendre, comment les tribunaux judiciaires ou administratifs sont-ils censés trancher la question? Le gouvernement affirme également qu'il est irréaliste et injuste d'imposer une consultation avant que les revendications soient réglées de façon définitive, car cela revient à accorder réparation avant que la question de l'atteinte et celle de la justification aient été tranchées.

Les arguments du gouvernement ne résistent pas à un examen minutieux. Ni les précédents ni les considérations d'ordre pratique n'appuient la thèse selon laquelle l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne prend naissance que lorsqu'une décision définitive a été rendue quant à la portée et au contenu du droit.

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. 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*. Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple. Comme il est mentionné dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 9, « [c]ette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation » (je souligne).

Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'« engagement

title: *Sparrow*, *supra*, at p. 1108. It also risks unfortunate consequences. When the distant goal of proof is finally reached, the Aboriginal peoples may find their land and resources changed and denuded. This is not reconciliation. Nor is it honourable.

solennel » pris par la Couronne lorsqu'elle a reconnu et confirmé les droits et titres ancestraux : *Sparrow*, précité, p. 1108. Une telle attitude risque également d'avoir des conséquences fâcheuses. En effet, il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable.

The existence of a legal duty to consult prior to proof of claims is necessary to understand the language of cases like *Sparrow*, *Nikal*, and *Gladstone*, *supra*, where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. For example, the reference in *Sparrow* to Crown behaviour in determining if any infringements were justified, is to behaviour before determination of the right. This negates the contention that a proven right is the trigger for a legal duty to consult and if appropriate accommodate even in the context of justification.

34 L'existence d'une obligation légale de consulter le groupe intéressé avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication est nécessaire pour comprendre le langage employé dans des affaires comme *Sparrow*, *Nikal* et *Gladstone*, précitées, où la confirmation du droit et la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. Dans *Sparrow*, par exemple, la référence au comportement de la Couronne au cours de l'examen de la justification des atteintes s'entend du comportement avant l'établissement du droit, ce qui réfute l'argument que ce soit la preuve de l'existence du droit revendiqué qui déclenche l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, même dans le contexte de la justification.

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] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.

35 Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.C.-B.), p. 71, le juge Dorgan.

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

36 Il reste l'argument d'ordre pratique. On affirme que, tant qu'une revendication n'est pas réglée, la Couronne ne peut pas savoir si les droits revendiqués existent ou non et que, de ce fait, elle ne peut être tenue à une obligation de consulter ou d'accommoder. Cette difficulté ne saurait être niée ou minimisée. Comme je l'ai déclaré (dans mes motifs dissidents) dans *Marshall*, précité, par. 112, on ne peut « analyser utilement la question de la prise en

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 assessment of the strength of the Haida claims to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.

compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle ». Cependant, il est souvent possible de se faire, à l'égard des droits revendiqués et de leur solidité, une idée suffisamment précise pour que l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique, même si ces droits n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ou d'une décision judiciaire finale. Pour faciliter cette détermination, les demandeurs devraient exposer clairement leurs revendications, en insistant sur la portée et la nature des droits ancestraux qu'ils revendiquent ainsi que sur les violations qu'ils allèguent. C'est ce qui s'est produit en l'espèce, lorsque le juge en son cabinet a procédé à une évaluation préliminaire, fondée sur la preuve, de la solidité des revendications des Haïda à l'égard des terres et des ressources des îles Haïda Gwaii, en particulier du Bloc 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.

Il y a une différence entre une connaissance suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, et le contenu ou l'étendue de cette obligation dans une affaire donnée. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies. Les parties peuvent examiner la question et, si elles ne réussissent pas à s'entendre, les tribunaux administratifs et judiciaires peuvent leur venir en aide. Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.

38 I conclude that consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 demands. It preserves the Aboriginal interest

J'estime que, bien que le respect des obligations de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication ne soit pas sans poser de problèmes, de telles mesures ne sont toutefois pas impossibles et constituent même un aspect

pending claims resolution and fosters a relationship between the parties that makes possible negotiations, the preferred process for achieving ultimate reconciliation: see S. Lawrence and P. Macklem, "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252, at p. 262. Precisely what is required of the government may vary with the strength of the claim and the circumstances. But at a minimum, it must be consistent with the honour of the Crown.

D. *The Scope and Content of the Duty to Consult and Accommodate*

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.

In *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of established claims. Lamer C.J. wrote:

> The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35. Elles protègent les intérêts autochtones jusqu'au règlement des revendications et favorisent le développement entre les parties d'une relation propice à la négociation, processus à privilégier pour parvenir finalement à la conciliation : voir S. Lawrence et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252, p. 262. Les mesures précises que doit prendre le gouvernement peuvent varier selon la solidité de la revendication et les circonstances, mais elles doivent à tout le moins être compatibles avec l'honneur de la Couronne.

D. *L'étendue et le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder*

39 Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. En termes généraux, il est néanmoins possible d'affirmer que l'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.

40 Dans *Delgamuukw*, précité, par. 168, la Cour a examiné l'obligation de consulter et d'accommoder dans le contexte de revendications dont le bien-fondé a été établi. Le juge en chef Lamer a écrit :

> La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

41 Transposing this passage to pre-proof claims, one may venture the following. While it is not useful to classify situations into watertight compartments, different situations requiring different responses can be identified. 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.

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: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.C.A.), at p. 44; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (B.C.S.C.). Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

43 Against this background, 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

La transposition de ce passage dans le contexte des revendications non encore établies permet d'avancer ce qui suit. Bien qu'il ne soit pas utile de classer les situations dans des compartiments étanches, il est possible d'identifier différentes situations appelant des solutions différentes. 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.

À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être « l'intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones] » à mesure qu'elles sont exprimées (*Delgamuukw*, précité, par. 168), dans le cadre d'un véritable processus de consultation. Les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Cependant, il n'y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations. Quant aux demandeurs autochtones, ils 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 : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.C.-B.), p. 44; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Toutefois, le seul fait de négocier de façon serrée ne porte pas atteinte au droit des Autochtones d'être consultés.

Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner le type d'obligations qui peuvent découler de différentes situations. À cet égard, l'utilisation de la notion de continuum peut se révéler utile, non pas pour créer des compartiments juridiques étanches, mais plutôt pour préciser ce que le principe de l'honneur de la Couronne est susceptible d'exiger dans des circonstances particulières. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication

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.

de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. La [TRADUCTION] « "consultation", dans son sens le moins technique, s'entend de l'action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, 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.

44 À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et 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. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Dans les affaires complexes ou difficiles, le gouvernement peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux.

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. 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

45 Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Tant que la question n'est pas réglée, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les

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.

46 Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations. The New Zealand Ministry of Justice's *Guide for Consultation with Mäori* (1997) provides insight (at pp. 21 and 31):

> Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed . . . .
>
> . . .
>
> . . . genuine consultation means a process that involves . . .:
>
> - gathering information to test policy proposals
> - putting forward proposals that are not yet finalised
> - seeking Mäori opinion on those proposals
> - informing Mäori of all relevant information upon which those proposals are based
> - not promoting but listening with an open mind to what Mäori have to say
> - being prepared to alter the original proposal
> - providing feedback both during the consultation process and after the decision-process.

47 When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim,

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 qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

À la suite de consultations véritables, la Couronne pourrait être amenée à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations. Le *Guide for Consultation with Mäori* (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31):

> [TRADUCTION] La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées . . .
>
> . . .
>
> . . . de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :
>
> - à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
> - à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
> - à chercher à obtenir l'opinion des Mäoris sur ces énoncés;
> - à informer les Mäoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
> - à écouter avec un esprit ouvert ce que les Mäoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
> - à être prêt à modifier l'énoncé original;
> - à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision.

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. Lorsque la

and the consequences of the government's proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing the Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement, pending final resolution of the underlying claim. Accommodation is achieved through consultation, as this Court recognized in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 22: ". . . the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation".

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.

This flows from the meaning of "accommodate". The terms "accommodate" and "accommodation" have been defined as to "adapt, harmonize, reconcile" . . . "an adjustment or adaptation to suit a special or different purpose . . . a convenient arrangement; a settlement or compromise": *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 9. The accommodation that may result from pre-proof consultation is just this — seeking compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation. 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.

The Court's decisions confirm this vision of accommodation. The Court in *Sparrow* raised

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

48 Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.

49 Cette conclusion découle du sens des termes « accommoder » et « accommodement », définis respectivement ainsi : « **Accommoder qqc. à.** L'adapter à, la mettre en correspondance avec quelque chose . . . » et « Action, résultat de l'action d'accommoder (ou de s'accommoder); moyen employé en vue de cette action. [. . .] Action de (se) mettre ou fait d'être en accord avec quelqu'un; règlement à l'amiable, transaction » (*Trésor de la langue française*, t. 1, 1971, p. 391 et 388). L'accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l'établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord, mais exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre.

50 La jurisprudence de la Cour confirme cette conception d'accommodement. Dans *Sparrow*, la Cour

the concept of accommodation, stressing the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1072, the Court stated that the Crown bears the burden of proving that its occupancy of lands "cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons' rights". And in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 81, the Court spoke of whether restrictions on Aboriginal rights "can be accommodated with the Crown's special fiduciary relationship with First Nations". Balance and compromise are inherent in the notion of reconciliation. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, 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.

a évoqué cette notion, insistant sur la nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1072, la Cour a affirmé qu'il incombe à la Couronne de prouver que son occupation des terres « ne peut s'accommoder de l'exercice raisonnable des droits des Hurons ». Et, dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 81, la Cour s'est demandé si les restrictions imposées aux droits ancestraux « [étaient] conciliable[s] avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l'État à l'égard des premières nations ». La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de la notion de conciliation. Lorsque l'accommodement est nécessaire à l'occasion d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.

51 It is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements appropriate to different problems at different stages, thereby strengthening the reconciliation process and reducing recourse to the courts. As noted in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 54, the government "may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance". It should be observed that, since October 2002, British Columbia has had a Provincial Policy for Consultation with First Nations to direct the terms of provincial ministries' and agencies' operational guidelines. Such a policy, while falling short of a regulatory scheme, may guard against unstructured discretion and provide a guide for decision-makers.

Il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux. Comme il a été mentionné dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, le gouvernement « ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ». Il convient de souligner que, depuis octobre 2002, la Colombie-Britannique dispose d'une politique provinciale de consultation des Premières nations établissant les modalités d'application des lignes directrices opérationnelles des ministères et organismes provinciaux. Même si elle ne constitue pas un régime de réglementation, une telle politique peut néanmoins prévenir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et servir de guide aux décideurs.

E. *Do Third Parties Owe a Duty to Consult and Accommodate?*

The Court of Appeal found that Weyerhaeuser, the forestry contractor holding T.F.L. 39, owed the Haida people a duty to consult and accommodate. With respect, I cannot agree.

It is suggested (*per* Lambert J.A.) that a third party's obligation to consult Aboriginal peoples may arise from the ability of the third party to rely on justification as a defence against infringement. However, the duty to consult and accommodate, as discussed above, flows from the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by the Aboriginal group. This theory provides no support for an obligation on third parties to consult or accommodate. The Crown alone remains legally responsible for the consequences of its actions and interactions with third parties, that affect Aboriginal interests. The Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments. Similarly, the terms of T.F.L. 39 mandated Weyerhaeuser to specify measures that it would take to identify and consult with "aboriginal people claiming an aboriginal interest in or to the area" (Tree Farm Licence No. 39, Haida Tree Farm Licence, para. 2.09(g)(ii)). However, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

It is also suggested (*per* Lambert J.A.) that third parties might have a duty to consult and accommodate on the basis of the trust law doctrine of "knowing receipt". However, as discussed above, while the Crown's fiduciary obligations and its duty to consult and accommodate share roots in the principle that the Crown's honour is engaged in its relationship with Aboriginal peoples, the duty to consult is distinct from the fiduciary duty that is owed in relation to particular cognizable Aboriginal interests.

E. *Les tiers ont-ils l'obligation de consulter et d'accommoder?*

52 La Cour d'appel a conclu que Weyerhaeuser, l'entreprise forestière détenant la CFF 39, avait l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion.

53 Il a été dit (le juge Lambert de la Cour d'appel) qu'un tiers peut être tenu de consulter les Autochtones concernés du fait qu'il a la faculté, en cas de violation des droits de ces derniers, de plaider en défense que l'atteinte est justifiée. Comme nous l'avons vu, cependant, l'obligation de consulter et d'accommoder découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné. Cette théorie ne permet pas de conclure que les tiers ont l'obligation de consulter ou d'accommoder. La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones. Elle peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation; cela n'est pas rare en matière d'évaluations environnementales. Ainsi, la CFF 39 obligeait Weyerhaeuser à préciser les mesures qu'elle entendait prendre pour identifier et consulter les [TRADUCTION] « Autochtones qui revendiquaient un intérêt ancestral dans la région » (CFF 39, CFF haïda, paragraphe 2.09g)(ii)). Cependant, la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

54 Il a également été avancé (le juge Lambert de la Cour d'appel) que les tiers pourraient être assujettis à l'obligation de consulter et d'accommoder par l'effet de la doctrine du droit des fiducies appelée « réception en connaissance de cause ». Cependant, comme nous l'avons vu, même si les obligations de fiduciaire de la Couronne et son obligation de consulter et d'accommoder découlent toutes du principe que l'honneur de la Couronne est en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones, l'obligation de

As noted earlier, the Court cautioned in *Wewaykum* against assuming that a general trust or fiduciary obligation governs all aspects of relations between the Crown and Aboriginal peoples. Furthermore, this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, made it clear that the "trust-like" relationship between the Crown and Aboriginal peoples is not a true "trust", noting that "[t]he law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law" (p. 386). There is no reason to graft the doctrine of knowing receipt onto the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It is also questionable whether businesses acting on licence from the Crown can be analogized to persons who knowingly turn trust funds to their own ends.

55 Finally, it is suggested (*per* Finch C.J.B.C.) that third parties should be held to the duty in order to provide an effective remedy. The first difficulty with this suggestion is that remedies do not dictate liability. Once liability is found, the question of remedy arises. But the remedy tail cannot wag the liability dog. We cannot sue a rich person, simply because the person has deep pockets or can provide a desired result. The second problem is that it is not clear that the government lacks sufficient remedies to achieve meaningful consultation and accommodation. In this case, Part 10 of T.F.L. 39 provided that the Ministry of Forests could vary any permit granted to Weyerhaeuser to be consistent with a court's determination of Aboriginal rights or title. The government may also require Weyerhaeuser to amend its management plan if the Chief Forester considers that interference with an Aboriginal right has rendered the management plan inadequate (para. 2.38(d)). Finally, the government can control by legislation, as it did when it introduced the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, which claws back 20 percent of all licensees' harvesting rights, in part to make land available for Aboriginal peoples. The government's legislative authority over provincial natural resources gives it

consulter est différente de l'obligation de fiduciaire qui existe à l'égard de certains intérêts autochtones reconnus. Comme il a été indiqué plus tôt, la Cour a souligné, dans *Wewaykum*, qu'il fallait se garder de supposer l'existence d'une obligation générale de fiduciaire régissant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour a clairement dit que la relation « semblable à une fiducie » qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones n'est pas une vraie « fiducie », faisant observer que « [l]e droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé » (p. 386). Il n'y a aucune raison d'introduire la doctrine de la réception en connaissance de cause dans la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. Il n'est pas certain non plus qu'une entreprise en vertu d'une concession de la Couronne puisse être assimilée à une personne qui, en toute connaissance de cause, divertit à son profit des fonds en fiducie.

Enfin, il a été affirmé (le juge Finch, juge en chef de la C.-B.) que, pour qu'il soit possible d'accorder une réparation efficace, il faudrait considérer que les tiers sont tenus à l'obligation. La première difficulté que comporte cette affirmation réside dans le fait que la réparation ne détermine pas la responsabilité. Ce n'est qu'une fois la question de la responsabilité tranchée que se soulève la question de la réparation. Il ne faut pas mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité). Nous ne pouvons poursuivre une personne riche simplement parce qu'elle a de l'argent plein les poches ou que cela permet d'obtenir le résultat souhaité. La seconde difficulté est qu'il n'est pas certain que le gouvernement ne dispose pas de mécanismes suffisants pour procéder à des mesures de consultation et d'accommodement utiles. En l'espèce, la partie 10 de la CFF 39 prévoit que le ministre des Forêts peut modifier toute concession accordée à Weyerhaeuser pour la rendre conforme aux décisions des tribunaux relativement aux droits ou titres ancestraux. Le gouvernement peut également exiger de Weyerhaeuser qu'elle modifie son plan d'aménagement si le chef des services forestiers le considère inadéquat du fait qu'il porte atteinte à un droit ancestral (paragraphe 2.38d)). Enfin, le

a powerful tool with which to respond to its legal obligations. This, with respect, renders questionable the statement by Finch C.J.B.C. that the government "has no capacity to allocate any part of that timber to the Haida without Weyerhaeuser's consent or co-operation" ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, at para. 119). Failure to hold Weyerhaeuser to a duty to consult and accommodate does not make the remedy "hollow or illusory".

gouvernement peut exercer son autorité sur la question par voie législative, comme il l'a fait en édictant la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17, qui permet de récupérer 20 pour 100 du droit de coupe des titulaires de concession, en partie pour mettre des terres à la disposition des peuples autochtones. De par son pouvoir de légiférer sur les ressources naturelles de la province, le gouvernement provincial dispose d'un outil puissant pour s'acquitter de ses obligations légales, situation qui met en doute l'affirmation du juge en chef Finch de la C.-B. qu'il [TRADUCTION] « ne peut allouer une partie de ce bois d'œuvre aux Haïda sans le consentement ou la collaboration de Weyerhaeuser » ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, par. 119). Le fait de ne pas imposer à Weyerhaeuser l'obligation de consulter et d'accommoder ne rend pas la réparation [TRADUCTION] « futile ou illusoire ».

The fact that third parties are under no duty to consult or accommodate Aboriginal concerns does not mean that they can never be liable to Aboriginal peoples. If they act negligently in circumstances where they owe Aboriginal peoples a duty of care, or if they breach contracts with Aboriginal peoples or deal with them dishonestly, they may be held legally liable. But they cannot be held liable for failing to discharge the Crown's duty to consult and accommodate.

56 Le fait que les tiers n'aient aucune obligation de consulter les peuples autochtones ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations ne signifie pas qu'ils ne peuvent jamais être tenus responsables envers ceux-ci. S'ils font preuve de négligence dans des circonstances où ils ont une obligation de diligence envers les peuples autochtones, ou s'ils ne respectent pas les contrats conclus avec les Autochtones ou traitent avec eux d'une manière malhonnête, ils peuvent être tenus légalement responsables. Cependant, les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l'obligation de consulter et d'accommoder qui incombe à la Couronne.

F. *The Province's Duty*

The Province of British Columbia argues that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government. I cannot accept this argument.

F. *L'obligation de la province*

57 La province de la Colombie-Britannique soutient que l'obligation de consulter ou d'accommoder, si elle existe, incombe uniquement au gouvernement fédéral. Je ne peux accepter cet argument.

The Province's argument rests on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that "[a]ll Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces." The Province argues that this gives it exclusive right to the land at issue. This right, it argues, cannot be limited by the protection for Aboriginal rights found in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. To do

58 L'argument de la province repose sur l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose que « [t]outes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l'union [. . .] appartiendront aux différentes provinces. » Selon la province, cette disposition lui confère des droits exclusifs sur les terres en question. Ce droit, affirme-t-elle, ne peut être limité par la protection accordée aux

so, it argues, would "undermine the balance of federalism" (Crown's factum, at para. 96).

59 The answer to this argument is that the Provinces took their interest in land subject to "any Interest other than that of the Province in the same" (s. 109). The duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union. It follows that the Province took the lands subject to this duty. It cannot therefore claim that s. 35 deprives it of powers it would otherwise have enjoyed. As stated in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), lands in the Province are "available to [the Province] as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title" (p. 59). The Crown's argument on this point has been canvassed by this Court in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 175, where Lamer C.J. reiterated the conclusions in *St. Catherine's Milling*, *supra*. There is therefore no foundation to the Province's argument on this point.

droits ancestraux par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La province affirme qu'agir ainsi reviendrait à [TRADUCTION] « rompre l'équilibre du fédéralisme » (mémoire de la Couronne, par. 96).

La réponse à cet argument est que les intérêts que détenait la province sur les terres sont subordonnés à « tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province » (art. 109). L'obligation de consulter et d'accommoder en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation de la souveraineté de la Couronne qui a précédé l'Union. Il s'ensuit que la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation. Elle ne peut donc pas prétendre que l'art. 35 la prive de pouvoirs dont elle aurait joui autrement. Comme il est précisé dans *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), les terres situées dans la province [TRADUCTION] « peuvent constituer une source de revenus [pour la province] dans tous les cas où les biens de la Couronne ne sont plus grevés du titre indien » (p. 59). L'argument de la Couronne sur ce point a été examiné de façon approfondie par la Cour dans *Delgamuukw*, précité, par. 175, où le juge en chef Lamer a réitéré les conclusions tirées dans *St. Catherine's Milling*, précité. Cet argument n'est en conséquence pas fondé.

G. *Administrative Review*

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. On questions of fact or

G. *L'examen administratif*

Lorsque la conduite du gouvernement est contestée au motif qu'il ne se serait pas acquitté de son obligation de consulter et d'accommoder en attendant le règlement des revendications, la question peut être soumise aux tribunaux pour examen. La province n'a pas encore établi de mécanisme à cette fin. En l'absence d'un tel mécanisme, il est impossible de déterminer quelle norme de contrôle devrait appliquer le tribunal appelé à statuer sur le caractère suffisant des efforts déployés par le gouvernement. Les principes généraux du droit administratif permettent toutefois de dégager les notions suivantes.

Quant aux questions de droit, le décideur doit, en règle générale, rendre une décision correcte : voir, par exemple, *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S.

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; *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 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] 1 S.C.R. 748.

585, 2003 CSC 55. Par contre, en ce qui a trait aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit, l'organisme de révision peut devoir faire preuve de déférence à l'égard du décideur. L'existence et l'étendue de l'obligation de consulter ou d'accommoder sont des questions de droit en ce sens qu'elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l'appréciation des faits. Il se peut donc qu'il convienne de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du premier décideur. La question de savoir s'il y a lieu de faire montre de déférence et, si oui, le degré de déférence requis dépendent de la nature de la question dont était saisi le tribunal administratif et de la mesure dans laquelle les faits relevaient de son expertise : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Paul*, précité. En l'absence d'erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s'imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

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

62

Le processus lui-même devrait vraisemblablement être examiné selon la norme de la décision raisonnable. La perfection n'est pas requise; il s'agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n'est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [. . .] entrer en jeu pour ce qui [. . .] concern[e] l'information et la consultation. [. . .] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont

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.

H. *Application to the Facts*

(1) Existence of the Duty

64 The question is whether the Province had knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal right or title and contemplated conduct that might adversely affect them. On the evidence before the Court in this matter, the answer must unequivocally be "yes".

65 The Haida have claimed title to all of Haida Gwaii for at least 100 years. The chambers judge found that they had expressed objections to the Province for a number of years regarding the rate of logging of old-growth forests, methods of logging, and the environmental effects of logging. Further, the Province was aware since at least 1994 that the Haida objected to replacement of T.F.L. 39 without their consent and without accommodation with respect to their title claims. As found by the chambers judge, the Province has had available evidence of the Haida's exclusive use and occupation of some areas of Block 6 "[s]ince 1994, and probably much earlier". The Province has had available to it evidence of the importance of red cedar to the Haida culture since before 1846 (the assertion of British sovereignty).

été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable. Comme il a été expliqué précédemment, l'élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement.

H. *L'application aux faits*

(1) L'existence de l'obligation

Il s'agit de savoir si la province connaissait, concrètement ou par imputation, l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisageait des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Compte tenu de la preuve présentée à la Cour en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre « oui » à cette question.

Les Haïda revendiquent depuis au moins 100 ans le titre sur l'ensemble des îles Haida Gwaii. Le juge de première instance a conclu que les Haïda se plaignaient depuis plusieurs années auprès de la province du rythme d'exploitation des vieilles forêts, des méthodes d'exploitation et des répercussions de l'exploitation forestière sur l'environnement. De plus, la province savait, depuis au moins 1994, que les Haïda s'opposaient à ce qu'on remplace la CFF 39 sans leur consentement et sans que leurs revendications aient fait l'objet de mesures d'accommodement. Comme l'a constaté le juge en son cabinet, la province disposait, [TRADUCTION] « [d]epuis 1994, et peut-être bien avant », d'éléments de preuve établissant que les Haïda utilisaient et occupaient à titre exclusif certaines régions du Bloc 6. Depuis au moins 1846 (affirmation de la souveraineté britannique), elle possède des preuves témoignant de l'importance du cèdre rouge dans la culture haïda.

The Province raises concerns over the breadth of the Haida's claims, observing that "[i]n a separate action the Haida claim aboriginal title to all of the Queen Charlotte Islands, the surrounding waters, and the air space.... The Haida claim includes the right to the exclusive use, occupation and benefit of the land, inland waters, seabed, archipelagic waters and air space" (Crown's factum, at para. 35). However, consideration of the duty to consult and accommodate prior to proof of a right does not amount to a prior determination of the case on its merits. Indeed, it should be noted that, prior to the chambers judge's decision in this case, the Province had successfully moved to sever the question of the existence and infringement of Haida title and rights from issues involving the duty to consult and accommodate. The issues were clearly separate in the proceedings, at the Province's instigation.

66 La province se dit inquiète de l'ampleur des revendications des Haïda, faisant observer que, [TRADUCTION] « [d]ans une action distincte, les Haïda revendiquent un titre ancestral sur l'ensemble des îles de la Reine-Charlotte, sur les eaux les entourant et sur l'espace aérien. [. . .] La revendication des Haïda vise le droit à l'utilisation, à l'occupation et au bénéfice exclusifs des terres, des eaux intérieures, du fond marin, des eaux pélagiques et de l'espace aérien » (mémoire de la Couronne, par. 35). Cependant, se demander si l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique avant que la preuve de l'existence d'un droit n'ait été apportée n'équivaut pas à préjuger de l'affaire sur le fond. D'ailleurs, il convient de souligner que, avant que le juge en son cabinet ait rendu sa décision en l'espèce, la province avait obtenu que la question de l'existence du titre et des droits des Haïda et de l'atteinte portée à ceux-ci soit examinée séparément des questions se rapportant à l'obligation de consulter et d'accommoder. Les questions ont été clairement séparées dans l'instance, à l'instigation de la province.

The chambers judge ascertained that the Province knew that the potential Aboriginal right and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. On this basis, the honour of the Crown mandated consultation prior to making a decision that might adversely affect the claimed Aboriginal title and rights.

67 Le juge en son cabinet a estimé que la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels en question visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Pour ce motif, l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci procède à une consultation avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et titre ancestraux revendiqués.

(2) Scope of the Duty

(2) L'étendue de l'obligation

As discussed above, the scope of the consultation required will be 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.

68 Comme il a été expliqué plus tôt, l'ampleur de la consultation requise dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre, ainsi que de la gravité de l'effet préjudiciable potentiel sur le droit ou titre revendiqué.

(i) *Strength of the Case*

(i) *Solidité de la preuve*

On the basis of evidence described as "voluminous", the chambers judge found, at para. 25, a number of conclusions to be "inescapable" regarding the Haida's claims. He found that the Haida had inhabited Haida Gwaii continuously since at least 1774, that they had never been conquered, never surrendered their rights by treaty, and that their

69 Après avoir examiné une preuve qu'il a qualifiée d'[TRADUCTION] « abondante », le juge en son cabinet a, au par. 25 de sa décision, tiré un certain nombre de conclusions [TRADUCTION] « incontournables » relativement aux revendications des Haïda. Il a conclu que les Haïda habitaient les îles Haïda Gwaii depuis au moins 1774, qu'ils n'avaient jamais

rights had not been extinguished by federal legislation. Their culture has utilized red cedar from old-growth forests on both coastal and inland areas of what is now Block 6 of T.F.L. 39 since at least 1846.

70 The chambers judge's thorough assessment of the evidence distinguishes between the various Haida claims relevant to Block 6. On the basis of a thorough survey of the evidence, he found, at para. 47:

> (1) a "reasonable probability" that the Haida may establish title to "at least some parts" of the coastal and inland areas of Haida Gwaii, including coastal areas of Block 6. There appears to be a "reasonable possibility" that these areas will include inland areas of Block 6;
>
> (2) a "substantial probability" that the Haida will be able to establish an aboriginal right to harvest old-growth red cedar trees from both coastal and inland areas of Block 6.

The chambers judge acknowledged that a final resolution would require a great deal of further evidence, but said he thought it "fair to say that the Haida claim goes far beyond the mere 'assertion' of Aboriginal title" (para. 50).

71 The chambers judge's findings grounded the Court of Appeal's conclusion that the Haida claims to title and Aboriginal rights were "supported by a good *prima facie* case" (para. 49). The strength of the case goes to the extent of the duty that the Province was required to fulfill. In this case the evidence clearly supports a conclusion that, pending a final resolution, there was a *prima facie* case in support of Aboriginal title, and a strong *prima facie* case for the Aboriginal right to harvest red cedar.

été conquis, qu'ils n'avaient jamais cédé leurs droits dans un traité et qu'aucune loi fédérale n'avait éteint leurs droits. Depuis au moins 1846, l'utilisation du cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures de la zone maintenant connue comme étant le Bloc 6 de la CFF 39 fait partie de leur culture.

Le juge en son cabinet a rigoureusement évalué la preuve et établi une distinction entre les différentes revendications des Haïda visant le Bloc 6. Au terme d'un examen approfondi de la preuve, il a tiré les conclusions suivantes au par. 47 :

> (1) il existe une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un titre sur [TRADUCTION] « au moins quelques parties » des régions côtières et intérieures des îles Haïda Gwaii, notamment les régions côtières du Bloc 6; il semble exister une [TRADUCTION] « possibilité raisonnable » que ces régions comprennent les régions intérieures du Bloc 6;
>
> (2) il existe une [TRADUCTION] « forte probabilité » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures du Bloc 6.

Le juge en son cabinet a reconnu qu'un règlement définitif nécessiterait beaucoup plus d'éléments de preuve, mais, selon lui, [TRADUCTION] « il est juste de dire que la revendication des Haïda est beaucoup plus qu'une simple "affirmation" de titre ancestral » (par. 50).

La Cour d'appel s'est fondée sur les constatations du juge en son cabinet pour conclure que les revendications par les Haïda du titre et de droits ancestraux étaient [TRADUCTION] « étayées par une preuve à première vue valable » (par. 49). La solidité de la preuve influe sur l'étendue de l'obligation que doit satisfaire la province. En l'espèce, le dossier permet clairement de conclure, en attendant le règlement définitif, qu'il existe une preuve *prima facie* de l'existence d'un titre ancestral et une solide preuve *prima facie* de l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge.

(ii) *Seriousness of the Potential Impact*

The evidence before the chambers judge indicated that red cedar has long been integral to Haida culture. The chambers judge considered that there was a "reasonable probability" that the Haida would be able to establish infringement of an Aboriginal right to harvest red cedar "by proof that old-growth cedar has been and will continue to be logged on Block 6, and that it is of limited supply" (para. 48). The prospect of continued logging of a resource in limited supply points to the potential impact on an Aboriginal right of the decision to replace T.F.L. 39.

Tree Farm Licences are exclusive, long-term licences. T.F.L. 39 grants exclusive rights to Weyerhaeuser to harvest timber within an area constituting almost one quarter of the total land of Haida Gwaii. The chambers judge observed that "it [is] apparent that large areas of Block 6 have been logged off" (para. 59). This points to the potential impact on Aboriginal rights of the decision to replace T.F.L. 39.

To the Province's credit, the terms of T.F.L. 39 impose requirements on Weyerhaeuser with respect to Aboriginal peoples. However, more was required. Where the government has knowledge of an asserted Aboriginal right or title, it must consult the Aboriginal peoples on how exploitation of the land should proceed.

The next question is when does the duty to consult arise? Does it arise at the stage of granting a Tree Farm Licence, or only at the stage of granting cutting permits? The T.F.L. replacement does not itself authorize timber harvesting, which occurs only pursuant to cutting permits. T.F.L. replacements occur periodically, and a particular T.F.L. replacement decision may not result in the substance of the asserted right being destroyed. The Province argues that, although it did not consult the Haida prior to replacing the T.F.L., it "has consulted, and continues to consult with the Haida

(ii) *Gravité des conséquences potentielles*

72 La preuve présentée au juge en son cabinet indiquait que l'utilisation du cèdre rouge fait depuis longtemps partie intégrante de la culture haïda. Le juge a considéré qu'il existait une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à démontrer une atteinte à un droit ancestral de récolter le cèdre rouge [TRADUCTION] « en prouvant que le cèdre des vieilles forêts a été et continuera d'être exploité dans le Bloc 6, et que cette ressource est limitée » (par. 48). La perspective de l'exploitation continue d'une ressource par ailleurs limitée laisse entrevoir les répercussions que la décision de remplacer la CFF 39 pourrait avoir sur un droit ancestral.

73 Les CFF ont un caractère exclusif et sont accordées pour de longues périodes. La CFF 39 confère à Weyerhaeuser le droit exclusif de récolter le bois dans une région qui représente près du quart de la superficie totale des îles Haïda Gwaii. Le juge en son cabinet a fait observer qu'[TRADUCTION] « il [est] manifeste que de vastes étendues du Bloc 6 ont été coupées à blanc » (par. 59). Ce fait illustre les conséquences potentielles que la décision de remplacer la CFF 39 a sur les droits ancestraux.

74 Il faut reconnaître à la province d'avoir imposé à Weyerhaeuser, dans la CFF 39, des conditions à l'égard des peuples autochtones. Mais la province devait faire davantage. Lorsque le gouvernement sait qu'un droit ou un titre ancestral est revendiqué, il doit consulter les Autochtones sur la façon dont les terres visées devraient être exploitées.

75 Il faut maintenant se demander à quel moment prend naissance l'obligation de consulter. Est-ce à l'étape de l'octroi d'une CFF, ou seulement à l'étape de la délivrance des permis de coupe? Le remplacement d'une CFF n'autorise pas en soi la récolte de bois, qui ne peut se faire qu'en vertu des permis de coupe. Les CFF sont périodiquement remplacées, et la décision de remplacer une CFF en particulier n'a pas nécessairement pour effet de détruire l'essence même du droit revendiqué. La province fait valoir que, bien qu'elle ne les ait pas consultés avant de remplacer la CFF, elle [TRADUCTION]

prior to authorizing any cutting permits or other operational plans" (Crown's factum, at para. 64).

« a consulté et continue de consulter les Haïda avant d'autoriser les permis de coupe ou autres plans d'aménagement » (mémoire de la Couronne, par. 64).

76 I conclude that the Province has a duty to consult and perhaps accommodate on T.F.L. decisions. The T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource. Decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title. The holder of T.F.L. 39 must submit a management plan to the Chief Forester every five years, to include inventories of the licence area's resources, a timber supply analysis, and a "20-Year Plan" setting out a hypothetical sequence of cutblocks. The inventories and the timber supply analysis form the basis of the determination of the allowable annual cut ("A.A.C.") for the licence. The licensee thus develops the technical information based upon which the A.A.C. is calculated. Consultation at the operational level thus has little effect on the quantity of the annual allowable cut, which in turn determines cutting permit terms. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing Tree Farm Licences.

J'estime que, lorsqu'elle prend des décisions concernant les CFF, la province est tenue à une obligation de consultation, et peut-être à une obligation d'accommodement. La décision rendue à l'égard d'une CFF reflète la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause. Les décisions prises durant la planification stratégique risquent d'avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral. Tous les cinq ans, le titulaire de la CFF 39 doit présenter au chef des services forestiers un plan d'aménagement comprenant l'inventaire des ressources du secteur visé par la concession, une analyse des approvisionnements en bois d'œuvre et un « plan de 20 ans » présentant une séquence hypothétique de blocs de coupe. C'est à partir de l'inventaire et de l'analyse des approvisionnements en bois d'œuvre qu'est fixée la possibilité annuelle de coupe (« PAC ») pour la concession. Ainsi, le titulaire de la concession établit les renseignements techniques servant à calculer la PAC. La tenue de consultations au niveau de l'exploitation a donc peu d'incidence sur le volume fixé dans la PAC, qui, à son tour, détermine les modalités du permis de coupe. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l'étape de l'octroi ou du renouvellement de la CFF.

77 The last issue is whether the Crown's duty went beyond consultation on T.F.L. decisions, to accommodation. We cannot know, on the facts here, whether consultation would have led to a need for accommodation. However, the strength of the case for both the Haida title and the Haida right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may well require significant accommodation to preserve the Haida interest pending resolution of their claims.

Il s'agit enfin de décider si la Couronne avait l'obligation non seulement de consulter les Haïda au sujet des décisions relatives aux CFF mais aussi de trouver des accommodements à leurs préoccupations. Les faits de l'espèce ne permettent pas de dire si la consultation aurait entraîné la nécessité de telles mesures. Cependant, la solidité de la preuve étayant l'existence et d'un titre haïda et d'un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l'honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d'accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

(3) Did the Crown Fulfill its Duty?

The Province did not consult with the Haida on the replacement of T.F.L. 39. The chambers judge found, at para. 42:

> [O]n the evidence presented, it is apparent that the Minister refused to consult with the Haida about replacing T.F.L. 39 in 1995 and 2000, on the grounds that he was not required by law to consult, and that such consultation could not affect his statutory duty to replace T.F.L. 39.

In both this Court and the courts below, the Province points to various measures and policies taken to address Aboriginal interests. At this Court, the Province argued that "[t]he Haida were and are consulted with respect to forest development plans and cutting permits. . . . Through past consultations with the Haida, the Province has taken various steps to mitigate the effects of harvesting . . ." (Crown's factum, at para. 75). However, these measures and policies do not amount to and cannot substitute for consultation with respect to the decision to replace T.F.L. 39 and the setting of the licence's terms and conditions.

It follows, therefore, that the Province failed to meet its duty to engage in something significantly deeper than mere consultation. It failed to engage in any meaningful consultation at all.

III. Conclusion

The Crown's appeal is dismissed and Weyerhaeuser's appeal is allowed. The British Columbia Court of Appeal's order is varied so that the Crown's obligation to consult does not extend to Weyerhaeuser. The Crown has agreed to pay the costs of the respondents regarding the application for leave to appeal and the appeal. Weyerhaeuser shall be relieved of any obligation to pay the costs of the Haida in the courts below. It is not necessary to answer the constitutional question stated in this appeal.

(3) La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation?

78 La province n'a pas consulté les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Le juge en son cabinet a tiré la conclusion suivante (par. 42) :

> [TRADUCTION] [S]elon la preuve présentée, il est manifeste que le ministre a refusé de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39 en 1995 et en l'an 2000, au motif que la loi ne l'obligeait pas à le faire et qu'une telle consultation ne pouvait avoir d'incidence sur son obligation, prévue par la loi, de remplacer la CFF 39.

La province a attiré l'attention de la Cour et des tribunaux d'instance inférieure sur les nombreuses mesures et politiques qu'elle a adoptées pour tenir compte des intérêts autochtones. Devant la Cour, elle a affirmé que [TRADUCTION] « [l]es Haïda ont été et sont consultés au sujet des plans d'aménagement forestier et des permis de coupe. [. . .] À la suite de consultations antérieures auprès des Haïda, la province a pris plusieurs mesures pour atténuer les effets de l'exploitation forestière [. . .] » (mémoire de la Couronne, par. 75). Cependant, ces mesures et politiques n'équivalent pas à une consultation au sujet de la décision de remplacer la CFF 39 et de l'établissement de ses modalités, et ne peuvent la remplacer.

79 Par conséquent, la province ne s'est pas acquittée de son obligation de procéder à davantage qu'une simple consultation. Elle n'a procédé à absolument aucune consultation utile.

III. Conclusion

80 Le pourvoi de la Couronne est rejeté et celui de Weyerhaeuser est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est modifiée de manière que l'obligation de consultation de la Couronne ne s'étende pas à Weyerhaeuser. La Couronne a accepté de payer les dépens des intimés pour la demande d'autorisation de pourvoi et pour le pourvoi. Weyerhaeuser est dispensée de toute obligation de payer les dépens des Haïda devant les instances inférieures. Il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi.

Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

Solicitors for the appellant the Minister of Forests: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the appellant Weyerhaeuser Company Limited: Hunter Voith, Vancouver.

Solicitors for the respondents: EAGLE, Surrey.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Braker & Company, West Vancouver.

Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

Procureurs de l'appelant le ministre des Forêts : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'appelante Weyerhaeuser Company Limited : Hunter Voith, Vancouver.

Procureurs des intimés : EAGLE, Surrey.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Nation haisla : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, West Vancouver.

Solicitors for the intervener the Dene Tha' First Nation: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Village of Port Clements: Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation Dene Tha' : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le village de Port Clements : Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.

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)

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° 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

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

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.

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

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").

The Redfern proposal was assessed in accordance with British Columbia's *Environmental Assessment Act*. The environmental assessment process is

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.

4 La proposition de Redfern a été évaluée conformément à la loi intitulée *Environmental Assessment Act* (« Loi ») de la Colombie-Britannique.

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.

5 Section 2 sets out the purposes of the Act, which are:

(a) to promote sustainability by protecting the environment and fostering a sound economy and social well-being,

(b) to provide for the thorough, timely and integrated assessment of the environmental, economic, social, cultural, heritage and health effects of reviewable projects,

(c) to prevent or mitigate adverse effects of reviewable projects,

(d) to provide an open, accountable and neutrally administered process for the assessment

(i) of reviewable projects, and

. . .

(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.

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

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.

Les objets de la Loi sont définis ainsi à l'art. 2 :

[TRADUCTION]

a) favoriser la durabilité en protégeant l'environnement et en encourageant une économie saine et le bien-être collectif;

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) prévenir ou atténuer les effets négatifs des projets assujettis à la procédure d'examen;

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) 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.

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

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.

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)).

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.

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.

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

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)).

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.

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.

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

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.

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.

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.

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. 22

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. 23

Les prétentions de la province donnent une vision étroite de l'honneur de la Couronne et de 24

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,

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Mikisew Cree First Nation *Appellant*

v.

Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage, and Thebacha Road Society *Respondents*

and

Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Big Island Lake Cree Nation, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Treaty 8 First Nations of Alberta, Treaty 8 Tribal Association, Blueberry River First Nations and Assembly of First Nations *Interveners*

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION *v.* CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE)

Neutral citation: 2005 SCC 69.

File No.: 30246.

2005: March 14; 2005: November 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples.

Appeal — Role of intervener — New argument.

Première nation crie Mikisew *Appelante*

c.

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, et Thebacha Road Society *Intimées*

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Nation crie de Big Island Lake, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Premières nations de l'Alberta signataires du Traité nº 8, Treaty 8 Tribal Association, Premières nations de Blueberry River et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW *c.* CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN)

Référence neutre : 2005 CSC 69.

Nº du greffe : 30246.

2005 : 14 mars; 2005 : 24 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité nº 8.

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

Under Treaty 8, made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories, an area whose size dwarfs France, exceeds Manitoba, Saskatchewan and Alberta and approaches the size of British Columbia. In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the rights to hunt, trap and fish throughout the land surrendered to the Crown except "such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes".

The Mikisew Reserve is located within Treaty 8 in what is now Wood Buffalo National Park. In 2000, the federal government approved a winter road, which was to run through the Mikisew's reserve, without consulting them. After the Mikisew protested, the road alignment was modified (but without consultation) to track around the boundary of the reserve. The total area of the road corridor is approximately 23 square kilometres. The Mikisew's objection to the road goes beyond the direct impact of closure to hunting and trapping of the area covered by the winter road and included the injurious affection it would have on their traditional lifestyle which was central to their culture. The Federal Court, Trial Division set aside the Minister's approval based on breach of the Crown's fiduciary duty to consult with the Mikisew adequately and granted an interlocutory injuction against constructing the winter road. The court held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient and that the Mikisew were entitled to a distinct consultation process. The Federal Court of Appeal set aside the decision and found, on the basis of an argument put forward by an intervener, that the winter road was properly seen as a "taking up" of surrendered land pursuant to the treaty rather than an infringement of it. This judgment was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation* and *Taku River Tlingit First Nation*.

Held: The appeal should be allowed. The duty of consultation, which flows from the honour of the Crown, was breached.

Aux termes du Traité n° 8 signé en 1899, les premières nations qui vivaient dans la région ont cédé à la Couronne 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest, une superficie de très loin supérieure à celle de la France, qui excède celle du Manitoba, de la Saskatchewan ou de l'Alberta et qui équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique. En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, les plus importants pour eux étant les droits de chasse, de pêche et de piégeage sur tout le territoire cédé à la Couronne à l'exception de « tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ».

La réserve des Mikisew se trouve sur le territoire visé par le Traité n° 8 dans ce qui est maintenant le parc national Wood Buffalo. En 2000, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver, qui devait traverser la réserve des Mikisew, sans consulter ceux-ci. À la suite des protestations des Mikisew, le tracé de la route a été modifié (mais sans consultation) de manière à ce qu'il longe la limite de la réserve. La superficie totale du corridor de la route est d'environ 23 kilomètres carrés. L'objection des Mikisew à la construction de la route va au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver et porte sur le préjudice causé au mode de vie traditionnel qui est essentiel à leur culture. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé l'approbation de la ministre en se fondant sur la violation de l'obligation de fiduciaire de la Couronne de consulter adéquatement les Mikisew et a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver. La cour a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants et que les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et a conclu, en s'appuyant sur un argument présenté par un intervenant, que la route d'hiver constituait plus justement une « prise » de terres cédées effectuée conformément au traité plutôt qu'une violation de celui-ci. Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne n'a pas été respectée.

The government's approach, rather than advancing the process of reconciliation between the Crown and the Treaty 8 First Nations, undermined it. [4]

When the Crown exercises its Treaty 8 right to "take up" land, its duty to act honourably dictates the content of the process. The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the aboriginal peoples to hunt, fish and trap so as to trigger the duty to consult. Accordingly, where the court is dealing with a proposed "taking up", it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a First Nation treaty right. The Court must first consider the process and whether it is compatible with the honour of the Crown. [33-34] [59]

The Crown, while it has a treaty right to "take up" surrendered lands, is nevertheless under the obligation to inform itself on the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their treaty hunting, fishing and trapping rights and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal with the Mikisew in good faith and with the intention of substantially addressing their concerns. The duty to consult is triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the content of the Crown's duty. Under Treaty 8, the First Nation treaty rights to hunt, fish and trap are therefore limited not only by geographical limits and specific forms of government regulation, but also by the Crown's right to take up lands under the treaty, subject to its duty to consult and, if appropriate, to accommodate the concerns of the First Nation affected. [55-56]

Here, the duty to consult is triggered. The impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question. Contrary to the Crown's argument, the duty to consult was not discharged in 1899 by the pre-treaty negotiations. [54-55]

However, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew treaty rights are expressly subject to the

La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation entre la Couronne et les premières nations signataires du Traité n° 8 plutôt que de le faire progresser. [4]

Lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité n° 8 de « prendre » des terres, son obligation d'agir honorablement dicte le contenu du processus. La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Par conséquent, dans les cas où la Cour est en présence d'une « prise » projetée, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la première nation. La Cour doit d'abord examiner le processus et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne. [33-34] [59]

Même si le traité lui accorde un droit de « prendre » des terres cédées, la Couronne a néanmoins l'obligation de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice, par les Mikisew, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter avec les Mikisew de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement de leurs préoccupations. L'obligation de consultation est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable et l'étendue du contenu de l'obligation de la Couronne sont des questions de degré. En vertu du Traité n° 8, les droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité de la première nation sont par conséquent restreints non seulement par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale, mais aussi le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, sous réserve de son obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de la première nation. [55-56]

En l'espèce, l'obligation de consultation est déclenchée. Les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question. Contrairement à ce qu'elle prétend, la Couronne ne s'est pas acquittée de l'obligation de consultation en 1899 lors des négociations qui ont précédé le traité. [54-55]

Cependant, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits issus du

"taking up" limitation, the content of the Crown's duty of consultation in this case lies at the lower end of the spectrum. The Crown is required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them. This engagement should include the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be the Mikisew's interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown must also solicit and listen carefully to the Mikisew's concerns, and attempt to minimize adverse impacts on its treaty rights. [64]

The Crown did not discharge its obligations when it unilaterally declared the road re-alignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. It failed to demonstrate an intention of substantially addressing aboriginal concerns through a meaningful process of consultation. [64-67]

The Attorney General of Alberta did not overstep the proper role of an intervener when he raised before the Federal Court of Appeal a fresh argument on the central issue of whether the Minister's approval of the winter road infringed Treaty 8. It is always open to an intervener to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the court provided that in doing so its legal argument does not require additional facts not proven in evidence at trial, or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. [40]

Cases Cited

Considered: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; **distinguished:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *Province of Ontario v. Dominion of*

traité des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », le contenu de l'obligation de consultation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne doit aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue devrait comporter la communication de renseignements au sujet du projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne doit aussi demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits issus du traité des Mikisew. [64]

La Couronne n'a pas respecté ses obligations lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Elle n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones dans le cadre d'un véritable processus de consultation. [64-67]

Le procureur général de l'Alberta n'a pas outrepassé le rôle d'un intervenant lorsqu'il a soulevé devant la Cour d'appel fédérale un nouvel argument pertinent à la question qui était au cœur du litige, à savoir si l'approbation de la route d'hiver par la ministre violait le Traité n° 8. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Province of*

Canada (1895), 25 S.C.R. 434; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Alberta) (Schedule of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), para. 10.
Wood Buffalo National Park Game Regulations, SOR/78-830, s. 36(5).

Treaties and Proclamations

Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908.
Report of Commissioners for Treaty No. 8, in *Treaty No. 8 made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc.*, reprinted from 1899 edition. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] F.C.J. No. 277 (QL), 2004 FCA 66, reversing a judgment of Hansen J. (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] F.C.J. No. 1877 (QL), 2001 FCT 1426. Appeal allowed.

Jeffrey R. W. Rath and *Allisun Taylor Rana*, for the appellant.

Cheryl J. Tobias and *Mark R. Kindrachuk*, *Q.C.*, for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

No one appeared for the respondent the Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey and *Angela J. Brown*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Ontario c. Dominion of Canada (1895), 25 R.C.S. 434; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Alberta) (annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, nº 26), par. 10.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78-830, art. 36(5).

Traités et proclamations

Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, nº 1.
Traité nº 8 (1899).

Doctrine citée

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto : William Briggs, 1908.
Rapport des commissaires sur le Traité nº 8, dans *Traité nº 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sexton et Sharlow), [2004] 3 R.C.F. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] A.C.F. nº 277 (QL), 2004 CAF 66, qui a infirmé un jugement de la juge Hansen (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] A.C.F. nº 1877 (QL), 2001 CFPI 1426. Pourvoi accueilli.

Jeffrey R. W. Rath et *Allisun Taylor Rana*, pour l'appelante.

Cheryl J. Tobias et *Mark R. Kindrachuk*, *c.r.*, pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

Personne n'a comparu pour l'intimée Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey et *Angela J. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James D. Jodouin and *Gary L. Bainbridge*, for the intervener the Big Island Lake Cree Nation.

Allan Donovan and *Bram Rogachevsky*, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman and *Dominique Nouvet*, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

E. Jack Woodward and *Jay Nelson*, for the intervener the Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, Q.C., and *Gary A. Nelson*, for the intervener the Blueberry River First Nations.

Jack R. London, Q.C., and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions. The management of these relationships takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding. The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people's concerns, and the lack of respect inherent in that indifference has been as destructive of the process of reconciliation as some of the larger and more explosive controversies. And so it is in this case.

Treaty 8 is one of the most important of the post-Confederation treaties. Made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Some idea of the size of this surrender is given by the fact that it dwarfs France (543,998 square kilometres),

James D. Jodouin et *Gary L. Bainbridge*, pour l'intervenante la Nation crie de Big Island Lake.

Allan Donovan et *Bram Rogachevsky*, pour l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité nº 8.

E. Jack Woodward et *Jay Nelson*, pour l'intervenante Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, c.r., et *Gary A. Nelson*, pour l'intervenante Premières nations de Blueberry River.

Jack R. London, c.r., et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. Et c'est le cas en l'espèce. 1

Le Traité nº 8 est l'un des plus importants traités conclus après la Confédération. Les premières nations qui l'ont signé en 1899 ont cédé à la Couronne une superficie de 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest. Pour donner une idée de l'étendue du territoire cédé, sa superficie est 2

exceeds the size of Manitoba (650,087 square kilometres), Saskatchewan (651,900 square kilometres) and Alberta (661,185 square kilometres) and approaches the size of British Columbia (948,596 square kilometres). In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the following rights of hunting, trapping, and fishing:

> And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

3 In fact, for various reasons (including lack of interest on the part of First Nations), sufficient land was not set aside for reserves for the Mikisew Cree First Nation (the "Mikisew") until the 1986 Treaty Land Entitlement Agreement, 87 years after Treaty 8 was made. Less than 15 years later, the federal government approved a 118-kilometre winter road that, as originally conceived, ran through the new Mikisew First Nation Reserve at Peace Point. The government did not think it necessary to engage in consultation directly with the Mikisew before making this decision. After the Mikisew protested, the winter road alignment was changed to track the boundary of the Peace Point reserve instead of running through it, again without consultation with the Mikisew. The modified road alignment traversed the traplines of approximately 14 Mikisew families who reside in the area near the proposed road, and others who may trap in that area although they do not live there, and the hunting grounds of as many as 100 Mikisew people whose hunt (mainly of moose), the Mikisew say, would be adversely affected. The fact the proposed winter road directly affects only about 14 Mikisew trappers and perhaps 100 hunters may not seem

de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l'Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, y compris, ce qui leur importait le plus, les droits de chasse, de piégeage et de pêche suivants :

> [TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets. [Je souligne.]

En fait, pour diverses raisons (y compris un manque d'intérêt de la part des Autochtones), on n'a pas mis de côté suffisamment de terres aux fins d'établissement de réserves pour la Première nation crie Mikisew (les « Mikisew ») avant l'adoption du Treaty Land Entitlement Agreement de 1986, soit 87 ans après la signature du Traité n° 8. Moins de 15 ans plus tard, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver de 118 kilomètres qui, selon le plan original, traversait la nouvelle réserve de la Première nation Mikisew à Peace Point. Le gouvernement n'a pas jugé nécessaire de consulter directement les Mikisew avant de prendre cette décision. À la suite des protestations de ces derniers, le tracé de la route d'hiver a été modifié de manière à longer la limite de la réserve de Peace Point plutôt que de la traverser, toujours sans que les Mikisew aient été consultés. Le tracé modifié de la route traversait les lignes de piégeage d'environ 14 familles Mikisew vivant dans le secteur voisin de la route projetée, et ceux d'autres personnes pouvant installer des pièges dans ce secteur sans y vivre, ainsi que les territoires de chasse d'une centaine de Mikisew dont les activités de chasse (principalement à

very dramatic (unless you happen to be one of the trappers or hunters in question) but, in the context of a remote northern community of relatively few families, it is significant. Beyond that, however, the principle of consultation in advance of interference with existing treaty rights is a matter of broad general importance to the relations between aboriginal and non-aboriginal peoples. It goes to the heart of the relationship and concerns not only the Mikisew but other First Nations and non-aboriginal governments as well.

In this case, the relationship was not properly managed. Adequate consultation in advance of the Minister's approval did not take place. The government's approach did not advance the process of reconciliation but undermined it. The duty of consultation which flows from the honour of the Crown, and its obligation to respect the existing treaty rights of aboriginal peoples (now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*), was breached. The Mikisew appeal should be allowed, the Minister's approval quashed, and the matter returned to the Minister for further consultation and consideration.

I. Facts

About 5 percent of the territory surrendered under Treaty 8 was set aside in 1922 as Wood Buffalo National Park. The Park was created principally to protect the last remaining herds of wood bison (or buffalo) in northern Canada and covers 44,807 square kilometres of land straddling the boundary between northern Alberta and southerly parts of the Northwest Territories. It is designated a UNESCO World Heritage Site. The Park itself is larger than Switzerland.

l'orignal) risquaient, selon les Mikisew, d'être perturbées. Le fait que la route d'hiver projetée ne nuise directement qu'à environ 14 trappeurs Mikisew et quelque 100 chasseurs peut ne pas sembler très dramatique (sauf si vous êtes vous-même un des trappeurs ou des chasseurs en question), mais dans le contexte d'une collectivité éloignée du nord composée d'un nombre relativement restreint de familles, ce fait a de l'importance. Au-delà de tout cela, le principe de tenir des consultations avant de porter atteinte à des droits issus de traités existants constitue néanmoins une question qui revêt une importance générale en ce qui concerne les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones. Ce principe touche au cœur de ces rapports et concerne non seulement les Mikisew, mais aussi d'autres premières nations et les gouvernements non autochtones.

4 En l'espèce, les rapports n'ont pas été bien gérés. Aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation de la ministre. La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation plutôt que de le faire progresser. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones (maintenant reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ont été violées. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des Mikisew, d'annuler l'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen.

I. Faits

5 Environ 5 p. 100 du territoire cédé en vertu du Traité n° 8 a été réservé en 1922 pour la création du parc national Wood Buffalo. Le parc a été créé principalement pour protéger les derniers troupeaux de bisons des bois du nord du Canada et il occupe une superficie de 44 807 kilomètres carrés de part et d'autre de la frontière entre le nord de l'Alberta et la partie du sud des Territoires du Nord-Ouest. Il a été désigné site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Le parc est lui-même plus grand que la Suisse.

6 At present, it contains the largest free-roaming, self-regulating bison herd in the world, the last remaining natural nesting area for the endangered whooping crane, and vast undisturbed natural boreal forests. More to the point, it has been inhabited by First Nation peoples for more than over 8,000 years, some of whom still earn a subsistence living by hunting, fishing and commercial trapping within the Park boundaries. The Park includes the traditional lands of the Mikisew. As a result of the Treaty Land Entitlement Agreement, the Peace Point Reserve was formally excluded from the Park in 1988 but of course is surrounded by it.

7 The members of the Mikisew Cree First Nation are descendants of the Crees of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899. It is common ground that its members are entitled to the benefits of Treaty 8.

A. *The Winter Road Project*

8 The proponent of the winter road is the respondent Thebacha Road Society, whose members include the Town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park, where the Park headquarters is located), the Fort Smith Métis Council, the Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation. The advantage of the winter road for these people is that it would provide direct winter access among a number of isolated northern communities and to the Alberta highway system to the south. The trial judge accepted that the government's objective was to meet "regional transportation needs": (2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426, at para. 115.

B. *The Consultation Process*

9 According to the trial judge, most of the communications relied on by the Minister to demonstrate appropriate consultation were instances of the Mikisew's being provided with standard information about the proposed road in the same form and substance as the communications being distributed to the general public of interested

Il abrite actuellement le plus grand troupeau de bisons en liberté et à reproduction autonome du monde, et on y trouve la dernière aire de nidification naturelle des grues blanches, une espèce menacée, ainsi que de vastes forêts boréales naturelles intactes. Point plus pertinent encore, des Autochtones y habitent depuis plus de 8 000 ans et certains d'entre eux tirent encore leur subsistance de la chasse, de la pêche et du piégeage commercial pratiqués dans les limites du parc. Les terres ancestrales des Mikisew se trouvent dans le parc. Par l'effet du Treaty Land Entitlement Agreement, la réserve de Peace Point a été formellement exclue du parc en 1988, mais évidemment celui-ci entoure la réserve.

Les membres de la Première nation crie Mikisew sont des descendants des Cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 le 21 juin 1899. Il est établi que ses membres ont droit aux avantages conférés par le Traité n° 8.

A. *Le projet de route d'hiver*

La promotrice de la route d'hiver est l'intimée Thebacha Road Society, dont les membres comprennent la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo, où se trouve le centre administratif du parc), le Conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River. Pour ces gens, la route d'hiver présente l'avantage d'offrir un accès hivernal direct à un certain nombre de collectivités nordiques isolées et au réseau routier de l'Alberta au sud. La juge de première instance a reconnu que l'objectif du gouvernement était de répondre à des « besoins régionaux en matière de transport » : [2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426, par. 115.

B. *Le processus de consultation*

Selon la juge de première instance, pour démontrer qu'une consultation appropriée avait été tenue, la ministre s'est appuyée sur le fait que la plupart des communications avec les Mikisew consistaient à leur fournir les mêmes renseignements généraux concernant le projet de route que ceux distribués à l'ensemble des parties intéressées, et ce, tant sur

stakeholders. Thus Parks Canada acting for the Minister, provided the Mikisew with the Terms of Reference for the environmental assessment on January 19, 2000. The Mikisew were advised that open house sessions would take place over the summer of 2000. The Minister says that the first formal response from the Mikisew did not come until October 10, 2000, some two months after the deadline she had imposed for "public" comment. Chief Poitras stated that the Mikisew did not formally participate in the open houses, because "an open house is not a forum for us to be consulted adequately".

le plan de la forme que du contenu. Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a ainsi remis aux Mikisew, pour le compte de la ministre, le cadre de référence pour l'évaluation environnementale. Les Mikisew ont été informés que des séances portes ouvertes seraient tenues au cours de l'été 2000. La ministre affirme n'avoir reçu aucune réponse officielle des Mikisew avant le 10 octobre 2000, soit environ deux mois après l'expiration du délai qu'elle avait fixé pour la présentation des commentaires « publics ». Le chef Poitras a déclaré que les Mikisew n'avaient pas participé officiellement aux séances portes ouvertes parce que [TRADUCTION] « les séances portes ouvertes ne sont pas un moyen adéquat de nous consulter ».

Apparently, Parks Canada left the proponent Thebacha Road Society out of the information loop as well. At the end of January 2001, it advised Chief Poitras that it had just been informed that the Mikisew did not support the road. Up to that point, Thebacha had been led to believe that the Mikisew had no objection to the road's going through the reserve. Chief Poitras wrote a further letter to the Minister on January 29, 2001 and received a standard-form response letter from the Minister's office stating that the correspondence "will be given every consideration". 10

Apparemment, Parcs Canada n'a pas mis la promotrice Thebacha Road Society dans le coup non plus. À la fin de janvier 2001, cette dernière a informé le chef Poitras qu'elle venait tout juste d'apprendre que les Mikisew n'appuyaient pas le projet de route. Jusque-là, on avait donné à entendre à Thebacha Road Society que les Mikisew ne s'opposaient pas à ce que la route traverse la réserve. Le 29 janvier 2001, le chef Poitras a écrit une autre lettre à la ministre et a reçu du cabinet de la ministre une réponse type disant [TRADUCTION] qu'« il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l'attention requise ».

Eventually, after several more miscommunications, Parks Canada wrote Chief Poitras on April 30, 2001, stating in part: "I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the [Mikisew Cree First Nation]." At that point, in fact, the decision to approve the road with a modified alignment had already been taken. 11

Finalement, le 30 avril 2001, après plusieurs autres malentendus, Parcs Canada a écrit au chef Poitras une lettre où on pouvait lire notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s'est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d'hiver et pour toute perception publique négative de la [Première nation crie Mikisew]. » En fait, la décision d'approuver une route au tracé modifié avait déjà été prise à ce moment-là.

On May 25, 2001, the Minister announced on the Parks Canada website that the Thebacha Road Society was authorized to build a winter road 10 metres wide with posted speed limits ranging from 10 to 40 kilometres per hour. The approval was said to be in accordance with "Parks Canada plans and policy" and "other federal laws and regulations". 12

Le 25 mai 2001, la ministre a annoncé sur le site Web de Parcs Canada que Thebacha Road Society était autorisée à construire une route d'hiver d'une largeur de 10 mètres dont les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l'heure. Selon cette annonce, l'autorisation était conforme [TRADUCTION] « aux plans et politiques de Parcs

No reference was made to any obligations to the Mikisew.

13 The Minister now says the Mikisew ought not to be heard to complain about the process of consultation because they declined to participate in the public process that took place. Consultation is a two-way street, she says. It was up to the Mikisew to take advantage of what was on offer. They failed to do so. In the Minister's view, she did her duty.

14 The proposed winter road is wide enough to allow two vehicles to pass. Pursuant to s. 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, creation of the road would trigger a 200-metre wide corridor within which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres.

15 The Mikisew objection goes beyond the direct impact of closure of the area covered by the winter road to hunting and trapping. The surrounding area would be, the trial judge found, injuriously affected. Maintaining a traditional lifestyle, which the Mikisew say is central to their culture, depends on keeping the land around the Peace Point reserve in its natural condition and this, they contend, is essential to allow them to pass their culture and skills on to the next generation of Mikisew. The detrimental impact of the road on hunting and trapping, they argue, may simply prove to be one more incentive for their young people to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living in the south.

16 The Mikisew applied to the Federal Court to set aside the Minister's approval based on their view of the Crown's fiduciary duty, claiming that the Minister owes "a fiduciary and constitutional duty to adequately consult with Mikisew Cree First Nation with regard to the construction of the road" (trial judge, at para. 26).

Canada » et à « d'autres lois et règlements fédéraux ». Il n'était aucunement fait mention d'une quelconque obligation envers les Mikisew.

La ministre affirme maintenant que les Mikisew sont mal venus de se plaindre du processus de consultation puisqu'ils ont refusé de participer au processus public qui a été mis en place. La consultation, affirme-t-elle, doit se faire dans les deux sens. Il n'en tenait qu'à eux de profiter de ce qu'on leur offrait. Ils ne l'ont pas fait. À son avis, elle s'est acquittée de son obligation.

La route d'hiver projetée est suffisamment large pour permettre le passage de deux véhicules. Par application du par. 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830, l'aménagement de la route aurait pour effet de créer un corridor de 200 mètres de large à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés.

L'objection des Mikisew va bien au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver. Selon la conclusion de la juge de première instance, le secteur environnant subirait un effet préjudiciable. Le maintien d'un mode de vie traditionnel, lequel est, au dire des Mikisew, essentiel à leur culture, dépend de la conservation des terres entourant la réserve de Peace Point dans leur état naturel, ce qui, soutiennent-ils, est nécessaire pour leur permettre de transmettre leur culture et leur savoir à la prochaine génération. L'effet préjudiciable de la route sur la chasse et le piégeage, affirment-ils, pourrait s'avérer constituer, pour leurs jeunes, une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel pour se tourner vers d'autres modes de vie du sud.

Les Mikisew ont demandé à la Cour fédérale d'annuler l'approbation de la ministre en se fondant sur leur conception de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, faisant valoir que la ministre est tenue à [TRADUCTION] « une obligation fiduciaire et [constitutionnelle] de consulter [adéquatement] la Première nation crie Mikisew au sujet de la construction de la route » (la juge de première instance, par. 26).

An interlocutory injunction against construction of the winter road was issued by the Federal Court, Trial Division on August 27, 2001.

II. Relevant Enactments

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

III. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division* ((2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426)

Hansen J. held that the lands included in Wood Buffalo National Park were not "taken up" by the Crown within the meaning of Treaty 8 because the use of the lands as a national park did not constitute a "visible use" incompatible with the existing rights to hunt and trap (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025). The proposed winter road and its 200-metre "[no] firearm" corridor would adversely impact the Mikisew's treaty rights. These rights received constitutional protection in 1982, and any infringements must be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In Hansen J.'s view, the Minister's decision to approve the road infringed the Mikisew's Treaty 8 rights and could not be justified under the *Sparrow* test.

In particular, the trial judge held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient. The Mikisew were entitled to a distinct consultation process. She stated at paras. 170-71:

> The applicant complains that the mitigation measures attached to the Minister's decision were not developed in consultation with Mikisew and were not designed to minimize impacts on Mikisew's rights. I

Le 27 août 2001, la Section de première instance de la Cour fédérale a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver. 17

II. Dispositions pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982 18

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

III. Historique judiciaire

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* ([2001] A.C.F. nº 1877 (QL), 2001 CFPI 1426)

La juge Hansen a conclu que les terres comprises dans le parc national de Wood Buffalo n'avaient pas été « prises » par la Couronne au sens du Traité nº 8 puisque l'utilisation de ces terres comme parc national ne constituait pas une « utilisation visible » non compatible avec le droit de chasser et de piéger existant (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025). La route d'hiver projetée et son corridor de 200 mètres « [sans] armes à feu » aurait un effet préjudiciable sur les droits issus du traité des Mikisew. Ces droits ont reçu une protection constitutionnelle en 1982, et toute atteinte à ces droits doit être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Selon la juge Hansen, la décision de la ministre d'approuver la route portait atteinte aux droits issus du Traité nº 8 des Mikisew et ne pouvait être justifiée suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. 19

Plus particulièrement, la juge de première instance a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants. Les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. Elle a affirmé ce qui suit (par. 170-171) : 20

> La demanderesse critique les mesures d'atténuation accompagnant la décision de la Ministre parce qu'elles n'ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisews et qu'elles n'étaient pas conçues pour minimiser les

agree. Even the realignment, apparently adopted in response to Mikisew's objections, was not developed in consultation with Mikisew. The evidence does not establish that any consideration was given to whether the new route would minimize impacts on Mikisew's treaty rights. The evidence of Chief George Poitras highlighted an air of secrecy surrounding the realignment, a process that should have included a transparent consideration of Mikisew's concerns.

Parks Canada admitted it did not consult with Mikisew about the route for the realignment, nor did it consider the impacts of the realignment on Mikisew trappers' rights.

21 Accordingly, the trial judge allowed the application for judicial review and quashed the Minister's approval.

B. *Federal Court of Appeal* ([2004] 3 F.C.R. 436, 2004 FCA 66)

22 Rothstein J.A., with whom Sexton J.A. agreed, allowed the appeal and restored the Minister's approval. He did so on the basis of an argument brought forward by the Attorney General of Alberta as an intervener on the appeal. The argument was that Treaty 8 expressly contemplated the "taking up" of surrendered lands for various purposes, including roads. The winter road was more properly seen as a "taking up" pursuant to the Treaty rather than an infringement of it. As Rothstein J.A. held:

> Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible. [para. 21]

Rothstein J.A. also held that there was no obligation on the Minister to consult with the Mikisew about the road, although to do so would be "good practice" (para. 24). (This opinion was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*,

empiétements sur leurs droits. Je partage ce point de vue. Même la bifurcation du tracé, apparemment adoptée par suite des objections élevées par les Mikisews, n'a pas été faite en consultation avec la Première nation. La preuve n'établit pas qu'on ait pris le moindrement en considération la question de savoir si la nouvelle route porterait le moins possible atteinte aux droits issus de traité des Mikisews. La déposition du chef Poitras met en évidence l'atmosphère de secret qui entourait le tracé de la bifurcation, alors que ce processus aurait dû comporter l'examen, en toute transparence, des préoccupations des Mikisews.

Parcs Canada a reconnu qu'il n'avait pas consulté les Mikisews au sujet du tracé de la bifurcation et qu'il n'avait pas non plus pris en considération les incidences du nouveau tracé sur les droits des trappeurs mikisews.

La juge de première instance a donc accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé l'approbation de la ministre.

B. *Cour d'appel fédérale* ([2004] 3 R.C.F. 436, 2004 CAF 66)

Le juge Rothstein, avec l'accord du juge Sexton, a accueilli l'appel et rétabli l'approbation de la ministre. Il s'est appuyé sur un argument présenté par le procureur général de l'Alberta, intervenant dans l'appel. Selon cet argument, le Traité n° 8 prévoyait expressément la « prise » de terres cédées pour différentes fins, y compris la construction de routes. Il était plus juste de considérer la route d'hiver comme une « prise » effectuée en application du traité plutôt que comme une violation de celui-ci. Selon la conclusion du juge Rothstein :

> Lorsqu'une limitation expressément prévue par un traité s'applique, le traité n'est pas violé et l'article 35 n'est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s'appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* pour que l'atteinte soit permise sur le plan constitutionnel. [par. 21]

Le juge Rothstein a également conclu que la ministre n'était tenue à aucune obligation de consulter les Mikisew au sujet de la route, bien qu'il soit de « bonne pratique » de le faire (par. 24). (Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda c.*

[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.)

Sharlow J.A., in dissenting reasons, agreed with the trial judge that the winter road approval was itself a *prima facie* infringement of the Treaty 8 rights and that the infringement had not been justified under the *Sparrow* test. The Crown's obligation as a fiduciary must be considered. The failure of the Minister's staff at Parks Canada to engage in meaningful consultation was fatal to the Crown's attempt at justification. She wrote:

> In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights. [para. 152]

Sharlow J.A. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

The post-Confederation numbered treaties were designed to open up the Canadian west and northwest to settlement and development. Treaty 8 itself recites that "the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.)

23 En dissidence, la juge Sharlow a souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits issus du Traité n° 8 et que l'atteinte n'avait pas été justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. L'obligation de fiduciaire de la Couronne doit être prise en compte. L'omission du personnel de la ministre travaillant pour Parcs Canada de procéder à une réelle consultation a été fatale à la tentative de justification de la Couronne. Elle a écrit ce qui suit :

> Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité n° 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8. [par. 152]

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

24 Les traités numérotés conclus après la Confédération visaient à permettre la colonisation et le développement de l'Ouest et du Nord-Ouest canadiens. Le Traité n° 8 lui-même précise que [TRADUCTION] « les dits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à

purposes as to Her Majesty may seem meet". This stated purpose is reflected in a corresponding limitation on the Treaty 8 hunting, fishing and trapping rights to exclude such "tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes". The "other purposes" would be at least as broad as the purposes listed in the recital, mentioned above, including "travel".

25 There was thus from the outset an uneasy tension between the First Nations' essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown's expectation of increasing numbers of non-aboriginal people moving into the surrendered territory. It was seen from the beginning as an ongoing relationship that would be difficult to manage, as the Commissioners acknowledged at an early Treaty 8 negotiation at Lesser Slave Lake in June 1899:

> The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble.
>
> (C. Mair, *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, at p. 61)

As Cory J. explained in *Badger*, at para. 57, "[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings."

26 The hunting, fishing and trapping rights were not solely for the benefit of First Nations peoples. It was in the Crown's interest to keep the aboriginal people living off the land, as the Commissioners themselves acknowledged in their Report on Treaty 8 dated September 22, 1899:

la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux voyages, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables ». Cet énoncé de l'objet se reflète dans une limitation corrélative aux droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8 visant à exclure tels [TRADUCTION] « terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Les « autres objets » seraient au moins aussi généraux que les fins mentionnées dans le préambule susmentionné, y compris les « voyages ».

On a donc pu observer, dès le départ, qu'il existait une tension entre l'exigence essentielle posée par les premières nations voulant qu'elles demeurent libres de vivre de la terre autant après qu'avant la signature du traité et le désir de la Couronne d'augmenter le nombre de non autochtones s'établissant dans le territoire cédé. Comme les commissaires l'ont reconnu au début des négociations du Traité n° 8 au Petit lac des Esclaves en juin 1899, ces rapports sont apparus d'entrée de jeu comme des rapports permanents qu'il serait difficile de gérer :

> [TRADUCTION] L'homme blanc viendra peupler cette partie du pays et nous venons avant lui pour vous expliquer comment les choses doivent se passer entre vous et pour éviter tout problème.
>
> (C. Mair, *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, p. 61)

Comme le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Badger*, par. 57, « [l]es Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l'exploitation minières, et qu'ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons. »

Les droits de chasse, de pêche et de piégeage ne servaient pas que les intérêts des peuples des premières nations. Comme l'ont reconnu les commissaires eux-mêmes dans leur rapport sur le Traité n° 8 en date du 22 septembre 1899, la Couronne avait intérêt à laisser les peuples autochtones vivre de la terre :

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them.

Thus none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to "explain the relations" that would govern future interaction "and thus prevent any trouble" (Mair, at p. 61).

A. *Interpretation of the Treaty*

The interpretation of the treaty "must be realistic and reflect the intention[s] of both parties, not just that of the [First Nation]" (*Sioui*, at p. 1069). As a majority of the Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14:

> The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown's approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty . . . the completeness of any written record . . . and the interpretation of treaty terms once found to exist . . . . The bottom line is the Court's obligation is to "choose from among the various possible interpretations of the *common* intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles" the [First Nation] interests and those of the British Crown. [Emphasis in original; citations omitted.]

See also *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, *per* McLachlin C.J. at paras. 22-24, and *per* LeBel J. at para. 115.

The Minister is therefore correct to insist that the clause governing hunting, fishing and trapping cannot be isolated from the treaty as a whole, but must be read in the context of its underlying purpose, as intended by both the Crown and the First

[TRADUCTION] Nous leur fîmes comprendre que le gouvernement ne pouvait entreprendre de faire vivre les sauvages dans l'oisiveté, qu'ils auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie, et qu'on espérait que les sauvages s'en serviraient.

27 Aucune des parties signataires ne s'attendait donc en 1899 que le Traité n° 8 constitue un plan définitif d'utilisation des terres. Ce traité marquait l'aube d'une période de transition. Il fallait, comme l'ont souligné les commissaires, [TRADUCTION] « expliquer comment les choses [devaient] se passer » à l'avenir [TRADUCTION] « pour éviter tout problème » (Mair, p. 61).

A. *Interprétation du traité*

28 L'interprétation du traité « doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle [de la première nation] » (*Sioui*, p. 1069). Comme une majorité de notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14 :

> Les parties indiennes n'ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres compte-rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l'approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d'interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l'existence d'un traité [. . .] le caractère exhaustif de tout écrit [. . .] et l'interprétation des conditions du traité, une fois qu'il a été conclu à leur existence. En bout de ligne, la Cour a l'obligation « de choisir, parmi les interprétations de l'intention *commune* [au moment de la conclusion du traité] qui s'offrent à [elle], celle qui concilie le mieux » les intérêts [de la première nation] et ceux de la Couronne britannique. [Souligné dans l'original; références omises.]

Voir également *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la juge en chef McLachlin, par. 22-24, et le juge LeBel, par. 115.

29 La ministre a donc raison d'insister sur le fait que la disposition régissant la chasse, la pêche et le piégeage ne peut être dissociée du traité dans son ensemble, mais doit être interprétée en fonction de son objectif sous-jacent, visé tant par la Couronne

Nations peoples. Within that framework, as Cory J. pointed out in *Badger*,

> the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. [para. 52]

30 In the case of Treaty 8, it was contemplated by all parties that "from time to time" portions of the surrendered land would be "taken up" and transferred from the inventory of lands over which the First Nations had treaty rights to hunt, fish and trap, and placed in the inventory of lands where they did not. Treaty 8 lands lie to the north of Canada and are largely unsuitable for agriculture. The Commissioners who negotiated Treaty 8 could therefore express confidence to the First Nations that, as previously mentioned, "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it".

31 I agree with Rothstein J.A. that not every subsequent "taking up" by the Crown constituted an infringement of Treaty 8 that must be justified according to the test set out in *Sparrow*. In *Sparrow*, it will be remembered, the federal government's fisheries regulations infringed the aboriginal fishing right, and had to be strictly justified. This is not the same situation as we have here, where the aboriginal rights have been surrendered and extinguished, and the Treaty 8 rights are expressly limited to lands not "required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes" (emphasis added). The language of the treaty could not be clearer in foreshadowing change. Nevertheless the Crown was and is expected to manage the change honourably.

32 It follows that I do not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted in this case by the trial judge, who relied in this respect on *Halfway River*

que par les peuples des premières nations. Comme l'a fait remarquer le juge Cory dans l'arrêt *Badger*, dans ce contexte

> le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. [par. 52]

Dans le cas du Traité n° 8, toutes les parties signataires envisageaient que « de temps à autre » des terres cédées seraient « prises » de l'ensemble des terres sur lesquelles les premières nations avaient des droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité et seraient transférées à l'ensemble des terres sur lesquelles elles n'avaient pas un tel droit. Les terres visées par le Traité n° 8 se trouvent dans le nord du Canada et ne se prêtent pas, pour la plupart, à l'agriculture. Les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pouvaient donc, comme je l'ai déjà mentionné, assurer aux premières nations qu'elles [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie ».

Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les « prises » effectuées subséquemment par la Couronne ne constituaient pas toutes une atteinte au Traité n° 8 devant être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, on s'en souviendra, la réglementation sur les pêches du gouvernement fédéral portait atteinte au droit de pêche autochtone et devait être strictement justifiée. La situation n'est pas la même en l'espèce où les droits autochtones ont été cédés et sont éteints, et où les droits issus du Traité n° 8 se limitent expressément aux terrains qui n'ont pas [TRADUCTION] « de temps à autre [. . .] [été] requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets » (je souligne). Le libellé du traité ne peut annoncer plus clairement des changements à venir. Néanmoins, la Couronne était et est encore censée gérer le changement de façon honorable.

Il s'ensuit que je ne peux souscrire à la démarche axée sur le critère énoncé dans *Sparrow* retenue en l'espèce par la juge de première instance, qui s'est

First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. In that case, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that the government's right to take up land was "by its very nature limited" (para. 138) and "that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians' treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 144 (emphasis in original)) which must be justified under the *Sparrow* test. The Mikisew strongly support the *Halfway River First Nation* test but, with respect, to the extent the Mikisew interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree. The Mikisew argument presupposes that Treaty 8 promised continuity of nineteenth century patterns of land use. It did not, as is made clear both by the historical context in which Treaty 8 was concluded and the period of transition it foreshadowed.

fondée à cet égard sur l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que le droit du gouvernement de prendre des terres était [TRADUCTION] « limité de par sa nature même » (par. 138) et [TRADUCTION] « que *toute* entrave au droit de chasse constitu[ait] une atteinte *prima facie* au droit issu d'un traité des Indiens protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 144 (en italique dans l'original)) qui devait être justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Les Mikisew appuient fortement le critère appliqué dans l'arrêt *Halfway River First Nation*, mais en toute déférence, je ne puis accepter leur interprétation dans la mesure où ils affirment que cet arrêt a fixé en 1899 les limites géographiques du droit de chasse prévu au Traité n° 8, et que tout empiètement sur ces limites géographiques après 1899 exige une justification comme celle requise par l'arrêt *Sparrow*. L'argument des Mikisew suppose que l'on promettait, au Traité n° 8, le maintien des modes d'utilisation des terres établis au XIX^e^ siècle. Tel n'est pas le cas, comme l'indiquent clairement tant le contexte historique dans lequel le Traité n° 8 a été conclu que la période de transition qu'il annonçait.

B. *The Process of Treaty Implementation*

Both the historical context and the inevitable tensions underlying implementation of Treaty 8 demand a *process* by which lands may be transferred from the one category (where the First Nations retain rights to hunt, fish and trap) to the other category (where they do not). The content of the process is dictated by the duty of the Crown to act honourably. Although *Haida Nation* was not a treaty case, McLachlin C.J. pointed out, at paras. 19 and 35:

> The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of "sharp

B. *Le processus de mise en œuvre du traité*

33 Tant le contexte historique que les inévitables tensions sous-jacentes à la mise en œuvre du Traité n° 8 commandent un *processus* par lequel des terres peuvent être transférées d'une catégorie (celle des terres sur lesquelles les premières nations conservent des droits de chasse, de pêche et de piégeage) à l'autre (celle des terres sur lesquelles elles n'ont pas ces droits). Le contenu du processus est dicté par l'obligation de la Couronne d'agir honorablement. Même si aucun traité n'était en cause dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge en chef McLachlin a souligné ce qui suit aux par. 19 et 35 :

> L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter

dealing" (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by stating that "nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship . . .".

. . .

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.

34 In the case of a treaty the Crown, as a party, will always have notice of its contents. The question in each case will therefore be to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult. *Haida Nation* and *Taku River* set a low threshold. The flexibility lies not in the trigger ("might adversely affect it") but in the variable content of the duty once triggered. At the low end, "the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice" (*Haida Nation*, at para. 43). The Mikisew say that even the low end content was not satisfied in this case.

C. *The Mikisew Legal Submission*

35 The appellant, the Mikisew, essentially reminded the Court of what was said in *Haida Nation* and *Taku River*. This case, the Mikisew say, is stronger. In those cases, unlike here, the aboriginal interest to the lands was asserted but not yet proven. In this case, the aboriginal interests are protected by Treaty 8. They are established legal facts. As

la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié . . . ».

. . .

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.

Dans le cas d'un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » (*Nation Haïda*, par. 43). Les Mikisew affirment que l'on n'a pas respecté même le contenu minimum de l'obligation en l'espèce.

C. *L'argument juridique des Mikisew*

Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu'elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l'espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l'intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n'était pas encore prouvé. En l'espèce, les intérêts des

in *Haida Nation*, the trial judge found the aboriginal interest was threatened by the proposed development. If a duty to consult was found to exist in *Haida Nation* and *Taku River*, then, *a fortiori*, the Mikisew argue, it must arise here and the majority judgment of the Federal Court of Appeal was quite wrong to characterise consultation between governments and aboriginal peoples as nothing more than a "good practice" (para. 24).

D. *The Minister's Response*

The respondent Minister seeks to distinguish *Haida Nation* and *Taku River*. Her counsel advances three broad propositions in support of the Minister's approval of the proposed winter road.

1. In "taking up" the 23 square kilometres for the winter road, the Crown was doing no more than Treaty 8 entitled it to do. The Crown as well as First Nations have rights under Treaty 8. The exercise by the Crown of *its* Treaty right to "take up" land is not an infringement of the Treaty but the performance of it.

2. The Crown went through extensive consultations with First Nations in 1899 at the time Treaty 8 was negotiated. Whatever duty of accommodation was owed to First Nations was discharged at that time. The terms of the Treaty do not contemplate further consultations whenever a "taking up" occurs.

3. In the event further consultation was required, the process followed by the Minister through Parks Canada in this case was sufficient.

For the reasons that follow, I believe that each of these propositions must be rejected.

Autochtones sont protégés par le Traité nº 8. Ces intérêts constituent un fait juridique établi. Comme dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge de première instance a estimé que le droit des Autochtones était menacé par le développement projeté. Si on a conclu à l'existence d'une obligation de consultation dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, les Mikisew soutiennent qu'à plus forte raison, cette obligation doit exister en l'espèce, et que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont eu bien tort de considérer la consultation entre les gouvernements et les peuples autochtones comme rien de plus qu'une « bonne pratique » (par. 24).

D. *La réponse de la ministre*

36 La ministre intimée tente d'établir une distinction entre la présente affaire et les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*. Pour justifier l'approbation qu'elle a donnée au projet de route d'hiver, son avocat avance trois propositions générales.

1. En « prenant » les 23 kilomètres carrés à des fins de construction de la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le Traité nº 8 l'autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité nº 8. L'exercice par la Couronne de *son* droit issu du traité de « prendre » des terres ne constitue pas une violation du traité, mais une exécution de celui-ci.

2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité nº 8 en 1899. Quelle que soit la nature de l'obligation d'accommodement envers les premières nations, elle s'est acquittée de cette obligation à ce moment-là. Les modalités du traité n'exigent pas que l'on procède à de nouvelles consultations chaque fois qu'une « prise » est effectuée.

3. S'il fallait tenir d'autres consultations, le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était suffisant.

37 Pour les motifs qui suivent, j'estime que chacune de ces propositions doit être rejetée.

(1) In "taking up" Land for the Winter Road the Crown Was Doing No More Than It Was Entitled To Do Under the Treaty

38 The majority judgment in the Federal Court of Appeal held that "[w]ith the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt" (para. 18).

39 The "Crown rights" argument was initially put forward in the Federal Court of Appeal by the Attorney General of Alberta as an intervener. The respondent Minister advised the Federal Court of Appeal that, while she did not dispute the argument, "[she] was simply not relying on it" (para. 3). As a preliminary objection, the Mikisew say that an intervener is not permitted "to widen or add to the points in issue": *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at p. 463. Therefore it was not open to the Federal Court of Appeal (or this Court) to decide the case on this basis.

(a) *Preliminary Objection: Did the Attorney General of Alberta Overstep the Proper Role of an Intervener?*

40 This branch of the Mikisew argument is, with respect, misconceived. In their application for judicial review, the Mikisew argued that the Minister's approval of the winter road infringed Treaty 8. The infringement issue has been central to the proceedings. It is always open to an intervener to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the Court, provided that in doing so its legal argument does not require additional facts, not proven in evidence at trial or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. An intervener is in no worse a position than a party who belatedly discovers some legal

(1) En « prenant » des terres pour construire la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l'autorisait à faire

La Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité qu'« [à] l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité » (par. 18).

L'argument fondé sur les « droits de la Couronne » a été présenté pour la première fois devant la Cour d'appel fédérale par le procureur général de l'Alberta qui agissait à titre d'intervenant. La ministre intimée a informé la Cour d'appel fédérale que, même si elle ne contestait pas cet argument, « [elle] ne se fondait tout simplement pas sur cette question » (par. 3). Soulevant une objection préliminaire, les Mikisew affirment qu'il n'est pas permis à un intervenant « d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit » : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, p. 463. Il n'était donc pas loisible à la Cour d'appel fédérale (ou à notre Cour) de trancher l'affaire en se fondant sur cet argument.

a) *Objection préliminaire : le procureur général de l'Alberta a-t-il outrepassé le rôle d'un intervenant?*

En toute déférence, ce volet de l'argument des Mikisew est mal fondé. Dans leur demande de contrôle judiciaire, les Mikisew ont fait valoir que l'approbation ministérielle de la route d'hiver violait le Traité n° 8. La question de la violation est au cœur de l'instance. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la Cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. L'intervenant n'est pas plus mal placé

argument that it ought to have raised earlier in the proceedings but did not, as in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, where Duff J. stated, at p. 539:

> A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 51-52.

Even granting that the Mikisew can fairly say the Attorney General of Alberta frames the non-infringement argument differently than was done by the federal Minister at trial, the Mikisew have still not identified any prejudice. Had the argument been similarly formulated at trial, how could "further light" have been thrown on it by additional evidence? The historical record was fully explored at trial. At this point the issue is one of the rules of treaty interpretation, not evidence. It thus comes within the rule stated in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, that "[t]he Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice" (para. 33). Here the Attorney General of Alberta took the factual record as he found it. The issue of treaty infringement has always been central to the case. Alberta's legal argument is not one that should have taken the Mikisew by surprise. In these circumstances it would be intolerable if the courts were precluded from giving effect to a correct legal analysis just because it came later rather than sooner and from an intervener rather than a party. To close our eyes to the argument would be to "risk an injustice".

qu'une partie qui se rend tardivement compte qu'elle aurait dû soulever un argument juridique plus tôt dans l'instance mais qui ne l'a pas fait, comme ce fut le cas dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, où le juge Duff a affirmé ce qui suit, à la p. 539 :

> [TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d'appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n'aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 51-52.

41 Même en admettant que les Mikisew puissent à juste titre affirmer que le procureur général de l'Alberta formule l'argument de l'absence de violation d'une manière différente de celle employée par la ministre fédérale en première instance, il reste que les Mikisew n'ont établi aucun préjudice. Si l'argument avait été formulé de la même manière au procès, en quoi aurait-il pu être « éclairci davantage » par des éléments de preuve additionnels? Le dossier historique a été étudié à fond au procès. À ce stade-ci, la question relève des règles d'interprétation des traités, non des règles de preuve. Elle est donc visée par la règle énoncée dans l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, selon laquelle « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d'un pourvoi, d'examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu'il en résulte de préjudice d'ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d'entraîner une injustice » (par. 33). En l'espèce, le procureur général de l'Alberta a pris le dossier factuel dans l'état où il se trouvait. La question de la violation du traité est au cœur du litige depuis le début. L'argument juridique de l'Alberta n'est pas de nature à prendre les Mikisew par surprise. Dans ces circonstances, on ne saurait tolérer que les tribunaux soient empêchés de donner effet à une analyse juridique correcte simplement parce qu'elle a été présentée un peu tard et par un intervenant plutôt que par une partie. Fermer les yeux sur l'argument « risquerait d'entraîner une injustice ».

(b) *The Content of Treaty 8*

42 The "hunting, trapping and fishing" clause of Treaty 8 was extensively reviewed by this Court in *Badger*. In that case Cory J. pointed out that "even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation" (para. 37). The members of the First Nations, he continued, "would have understood that land had been 'required or taken up' when it was being put to a [visible] use which was incompatible with the exercise of the right to hunt" (para. 53).

> [T]he oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occupied is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis. [para. 58]

43 While *Badger* noted the "geographic limitation" to hunting, fishing and trapping rights, it did not (as it did not need to) discuss the process by which "from time to time" land would be "taken up" and thereby excluded from the exercise of those rights. The actual holding in *Badger* was that the Alberta licensing regime sought to be imposed on all aboriginal hunters within the Alberta portion of Treaty 8 lands infringed Treaty 8, even though the treaty right was expressly made subject to "regulations as may from time to time be made by the Government". The Alberta licensing scheme denied to "holders of treaty rights as modified by the [*Natural Resources Transfer Agreement, 1930*] the very means of exercising those rights" (para. 94). It was thus an attempted exercise of regulatory power that went beyond what was reasonably within the contemplation of the parties to the treaty in 1899. (I note parenthetically that the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is not at issue in this case as the Mikisew reserve is vested in Her

b) *Le contenu du Traité nº 8*

La disposition du Traité nº 8 qui traite de « la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » a été examinée en profondeur par notre Cour dans *Badger*. Dans cette affaire, le juge Cory a signalé que « même suivant les termes du Traité nº 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale » (par. 37). Les membres de la première nation, a-t-il ajouté, « comprenaient que des terres étaient "requises ou prises" si elles étaient utilisées à des fins [visibles] incompatibles avec l'exercice du droit de chasse » (par. 53).

> [I]l ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas. [par. 58]

Bien qu'il soit fait état, dans l'arrêt *Badger*, des « limites géographiques » circonscrivant les droits de chasse, de pêche et de piégeage, on n'y a pas traité (puisque cela n'était pas nécessaire) du processus par lequel « de temps à autre » des terres seraient « prises » et donc soustraites à l'exercice de ces droits. Selon la conclusion précisément tirée dans l'arrêt *Badger*, le régime de délivrance de permis de l'Alberta que l'on cherchait à imposer à tous les chasseurs autochtones se trouvant sur les terres de l'Alberta visées par le Traité nº 8 violait ce traité, même si le droit issu du traité était expressément subordonné à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement ». Le régime de délivrance de permis de l'Alberta privait les « personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention* [*sur le transfert des ressources naturelles de 1930*] des moyens mêmes d'exercer ces droits » (par. 94). On avait ainsi tenté d'exercer un pouvoir de réglementation qui allait au-delà de ce qu'avaient

Majesty in Right of Canada. Paragraph 10 of the Agreement provides that after-created reserves "shall thereafter be administered by Canada in the same way in all respects as if they had never passed to the Province under the provisions hereof".)

The Federal Court of Appeal purported to follow *Badger* in holding that the hunting, fishing and trapping rights would be infringed only "where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains" (para. 18). With respect, I cannot agree with this implied rejection of the Mikisew procedural rights. At this stage the winter road is no more than a contemplated change of use. The proposed use would, if carried into execution, reduce the territory over which the Mikisew would be entitled to exercise their Treaty 8 rights. Apart from everything else, there would be no hunting at all within the 200-metre road corridor. More broadly, as found by the trial judge, the road would injuriously affect the exercise of these rights in the surrounding bush. As the Parks Canada witness, Josie Weninger, acknowledged in cross-examination:

> Q: But roads, in effect, change the pattern of moose and other wildlife within the Park and that's been what Parks Canada observed in the past with regards to other roads, correct?
>
> A: It is documented that roads do impact. I would be foolish if I said they didn't.

The Draft Environmental Assessment Report acknowledged the road could potentially result in a diminution in quantity of the Mikisew harvest of wildlife, as fewer furbearers (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx) will be caught in their traps. Second, in qualitative terms, the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population. Other potential impacts

raisonnablement prévu les signataires du traité en 1899. (Je signale en passant que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* n'est pas en cause en l'espèce puisque la réserve Mikisew appartient à la Couronne du chef du Canada. Le paragraphe 10 de la Convention prévoit que les réserves créées ultérieurement « seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n'étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes ».)

44 La Cour d'appel fédérale entendait suivre l'arrêt *Badger* en concluant qu'il n'est porté atteinte aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que dans les « cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse » (par. 18). En toute déférence, je ne peux souscrire à ce rejet implicite des droits de nature procédurale des Mikisew. À ce stade-ci, la route d'hiver n'est rien de plus qu'un projet de changement d'utilisation. L'utilisation proposée, si elle est mise en œuvre, réduirait le territoire sur lequel les Mikisew ~~peuvent exercer~~ leurs droits issus du Traité n° 8. Essentiellement, il n'y aurait plus du tout de chasse dans le corridor routier de 200 mètres. De façon plus générale, comme l'a conclu la juge de première instance, la route nuirait à l'exercice de ces droits dans la forêt environnante. Comme l'a reconnu Josie Weninger, témoin de Parcs Canada, en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

> Q : Mais dans les faits, les routes modifient les habitudes des orignaux et des autres animaux sauvages dans le parc, et c'est ce que Parcs Canada a constaté auparavant dans le cas d'autres routes, n'est-ce pas?
>
> R : On a constaté que les routes ont des répercussions. Il serait absurde de prétendre le contraire.

Dans la version préliminaire du rapport d'évaluation environnementale, on a reconnu que la route pourrait entraîner une diminution quantitative des récoltes fauniques des Mikisew du fait qu'il y aurait moins d'animaux à fourrure (notamment le pékan, le rat musqué, la martre, le carcajou et le lynx) dans leurs pièges. Deuxièmement, sur le plan qualitatif, la population des espèces d'animaux à fourrure les

include fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area and increased wildlife mortality due to motor vehicle collisions. While *Haida Nation* was decided after the release of the Federal Court of Appeal reasons in this case, it is apparent that the proposed road will adversely affect the existing Mikisew hunting and trapping rights, and therefore that the "trigger" to the duty to consult identified in *Haida Nation* is satisfied.

45 The Minister seeks to extend the *dictum* of Rothstein J.A. by asserting, at para. 96 of her factum, that the test ought to be "whether, after the taking up, it still remains reasonably practicable, within the Province as a whole, for the Indians to hunt, fish and trap for food [to] the extent that they choose to do so" (emphasis added). This cannot be correct. It suggests that a prohibition on hunting at Peace Point would be acceptable so long as decent hunting was still available in the Treaty 8 area north of Jasper, about 800 kilometres distant across the province, equivalent to a commute between Toronto and Quebec City (809 kilometres) or Edmonton and Regina (785 kilometres). One might as plausibly invite the truffle diggers of southern France to try their luck in the Austrian Alps, about the same distance as the journey across Alberta deemed by the Minister to be an acceptable fulfilment of the promises of Treaty 8.

46 The Attorney General of Alberta tries a slightly different argument, at para. 49 of his factum, adding a *de minimis* element to the treaty-wide approach:

> In this case the amount of land to be taken up to construct the winter road is 23 square kilometres out of 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National

plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner. Les autres répercussions possibles comprennent la fragmentation des habitats fauniques, la perturbation des habitudes migratoires, le dépérissement de la végétation, l'augmentation du braconnage parce que le territoire est plus accessible par véhicule et l'augmentation du nombre d'animaux tués par suite de collisions. Alors que l'affaire *Nation Haïda* a été tranchée après le prononcé de la décision de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, il est manifeste que le projet de route aura un effet préjudiciable sur les droits de chasse et de piégeage existants des Mikisew et que, par conséquent, l'obligation de consultation définie dans *Nation Haïda* devient « applicable ».

La ministre cherche à étendre la portée de la remarque faite par le juge Rothstein en affirmant, au par. 96 de son mémoire, que le critère doit consister à [TRADUCTION] « se demander si, après la prise, il demeure encore raisonnablement possible pour les Indiens de pratiquer, dans l'ensemble de la province, la chasse, la pêche et le piégeage de subsistance autant qu'ils veulent le faire » (je souligne). Cela ne saurait être exact. Cette affirmation donne à penser qu'une interdiction de chasser à Peace Point serait acceptable dès lors qu'une chasse décente peut encore être pratiquée dans le secteur du Traité n° 8 qui se trouve au nord de Jasper, soit à l'autre extrémité de la province à environ 800 kilomètres de distance, ce qui équivaut à se déplacer de Toronto à Québec (809 kilomètres) ou d'Edmonton à Regina (785 kilomètres). Autant demander aux cueilleurs de truffes du sud de la France de tenter leur chance dans les Alpes autrichiennes, ce déplacement couvrant environ la même distance que la traversée de l'Alberta que la ministre considère comme une façon acceptable de tenir les promesses faites dans le Traité n° 8.

Au paragraphe 49 de son mémoire, le procureur général de l'Alberta propose un argument légèrement différent, ajoutant un élément *de minimis* à l'approche fondée sur l'ensemble des terres visées par le traité :

> [TRADUCTION] En l'espèce, les terres qui doivent être prises pour construire la route d'hiver représentent 23 kilomètres carrés des 44 807 kilomètres carrés

Park and out of 840,000 square kilometres encompassed by Treaty No. 8. As Rothstein J.A. found, this is not a case where a meaningful right to hunt no longer remains.

The arguments of the federal and Alberta Crowns simply ignore the significance and practicalities of a First Nation's traditional territory. Alberta's 23 square kilometre argument flies in the face of the injurious affection of surrounding lands as found by the trial judge. More significantly for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important. Twenty-three square kilometres alone is serious if it includes the claimants' hunting ground or trapline. While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899). The Chipewyan negotiators in 1899 were intensely practical people, as the Treaty 8 Commissioners noted in their report:

> The Chipewyans confined themselves to asking questions and making brief arguments. They appeared to be more adept at cross-examination than at speech-making, and the Chief at Fort Chipewyan displayed considerable keenness of intellect and much practical sense in pressing the claims of his band.

Badger recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians' rights to hunt, fish and trap would continue "after the treaty as existed before it". This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

qu'occupe le parc national Wood Buffalo et des 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité nº 8. Comme l'a dit le juge Rothstein, il ne s'agit pas d'un cas où il ne reste aucun droit réel de chasse.

47

Les arguments du gouvernement fédéral et de l'Alberta ne tiennent tout simplement pas compte de l'importance et des aspects pratiques du territoire traditionnel des premières nations. L'argument de l'Alberta concernant les 23 kilomètres carrés est contraire à l'existence d'un effet préjudiciable sur les terres environnantes à laquelle a conclu la juge de première instance. Qui plus est, pour les peuples autochtones, comme pour les peuples non autochtones, le lieu importe. Une superficie de seulement 23 kilomètres carrés est importante si elle comprend le territoire de chasse ou les lignes de piégeage des demandeurs. Si le Traité nº 8 confère aux Mikisew les droits de chasse, de pêche et de piégeage dans tout le territoire visé par le traité, il n'est pas logique d'un point de vue pratique de dire aux chasseurs et trappeurs Mikisew que, bien que leurs propres territoires de chasse et lignes de piégeage soient maintenant mis en péril, il leur est permis d'envahir les territoires traditionnels d'autres premières nations loin de leur propre terrain (une suggestion qui aurait été encore plus irréalisable en 1899). Comme l'ont fait observer les commissaires du Traité nº 8 dans leur rapport, les négociateurs chipewyans étaient, en 1899, des gens très pratiques :

> [TRADUCTION] Les Chipewyans se confinent à poser des questions et à les discuter brièvement. Ils paraissent plus portés à contre-interroger qu'à faire des discours, et le chef au Fort Chipewyan a fait preuve d'une vive intelligence et de beaucoup de sens pratique en présentant les prétentions de sa bande.

Dans *Badger*, on a noté qu'un élément important des négociations du Traité nº 8 tenait aux assurances de *continuité* des modes traditionnels d'activité économique. La continuité respecte les modes d'activité et d'occupation traditionnels. La Couronne a promis aux Indiens que leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage leur apporteraient [TRADUCTION] « après le traité les mêmes moyens qu'auparavant » de gagner leur vie. Ce n'est pas honorer cette promesse que d'expédier les Mikisew dans des territoires éloignés de leurs territoires de chasse et de leurs lignes de piégeage traditionnels.

48 What Rothstein J.A. actually said at para. 18 is as follows:

> With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. [Emphasis added.]

The "meaningful right to hunt" is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation "no meaningful right to hunt" remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it" would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

(c) *Unilateral Crown Action*

49 There is in the Minister's argument a strong advocacy of unilateral Crown action (a sort of "this is surrendered land and we can do with it what we like" approach) which not only ignores the mutual promises of the treaty, both written and oral, but also is the antithesis of reconciliation and mutual respect. It is all the more extraordinary given the Minister's acknowledgment at para. 41 of her factum that "[i]n many if not all cases the government will not be able to appreciate the effect a proposed taking up will have on the Indians' exercise of hunting, fishing and trapping rights without consultation."

50 The Attorney General of Alberta denies that a duty of consultation can be an implied term of Treaty 8. He argues:

Le juge Rothstein a en fait affirmé ceci au par. 18 :

> À l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. [Je souligne.]

Le « droit réel de chasse » n'est pas établi en fonction de toutes les terres visées par le traité (la totalité des 840 000 kilomètres carrés) mais par rapport aux territoires sur lesquels les premières nations avaient l'habitude de chasser, de pêcher et de piéger, et sur lesquels elles le font encore aujourd'hui. S'il advenait que pour une première nation signataire du Traité n° 8 en particulier, il ne reste « aucun droit réel de chasse » sur *ses* territoires traditionnels, l'importance de la promesse verbale qu'ils [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie » serait clairement remise en question, et la première nation aurait raison de répondre par une action en violation du traité comportant une demande de justification selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

c) *Action unilatérale de la Couronne*

L'argument de la ministre renferme un ardent plaidoyer en faveur de l'action unilatérale de la Couronne (une approche du genre « il s'agit de terres cédées et nous pouvons en faire ce que nous voulons ») qui non seulement fait fi des promesses réciproques, tant verbales qu'écrites, faites lors de la signature du traité, mais qui constitue également l'antithèse de la réconciliation et du respect mutuel. Cela est d'autant plus surprenant que la ministre a reconnu, au par. 41 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [d]ans la plupart, voire la totalité, des cas, le gouvernement n'est pas en mesure d'apprécier l'effet qu'aura une prise projetée sur l'exercice, par les Indiens, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage sans procéder à une consultation. »

Le procureur général de l'Alberta nie qu'il soit possible d'inférer une obligation de consultation des modalités du Traité n° 8. Selon lui :

Given that a consultation obligation would mean that the Crown would be required to engage in meaningful consultations with any and all affected Indians, being nomadic individuals scattered across a vast expanse of land, every time it wished to utilize an individual plot of land or change the use of the plot, such a requirement would not be within the range of possibilities of the common intention of the parties.

The parties *did* in fact contemplate a difficult period of transition and sought to soften its impact as much as possible, and any administrative inconvenience incidental to managing the process was rejected as a defence in *Haida Nation* and *Taku River*. There is no need to repeat here what was said in those cases about the overarching objective of reconciliation rather than confrontation.

(d) *Honour of the Crown*

The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, and it is not necessary for present purposes to invoke fiduciary duties. The honour of the Crown is itself a fundamental concept governing treaty interpretation and application that was referred to by Gwynne J. of this Court *as a treaty obligation* as far back as 1895, four years before Treaty 8 was concluded: *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting). While he was in the minority in his view that the treaty obligation to pay Indian annuities imposed a trust on provincial lands, nothing was said by the majority in that case to doubt that the honour of the Crown was pledged to the fulfilment of its obligations to the Indians. This had been the Crown's policy as far back as the *Royal Proclamation* of 1763, and is manifest in the promises recorded in the report of the Commissioners. The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course. In *Sparrow*, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, *Haida Nation* and *Taku River*, the "honour of the Crown" was invoked as a central principle in resolving aboriginal claims to consultation despite the absence of any treaty.

[TRADUCTION] Étant donné qu'une obligation de consultation exigerait de la Couronne qu'elle procède à une consultation réelle de tous les Indiens touchés, c'est-à-dire de tous les nomades dispersés sur un vaste territoire, chaque fois qu'elle entend utiliser une parcelle de terrain ou en modifier l'utilisation, une telle exigence ne s'inscrirait pas dans la gamme des possibilités prévues selon l'intention commune des parties.

Les parties *ont* effectivement prévu une période de transition difficile, et ont tenté d'en atténuer le plus possible les effets, et toute défense fondée sur les inconvénients administratifs découlant de la gestion du processus a été rejetée dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. Nul n'est besoin de répéter en l'espèce ce qui a été dit dans ces arrêts au sujet de l'objectif primordial de réconciliation plutôt que de confrontation.

d) *Honneur de la Couronne*

51

L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire. L'honneur de la Couronne est elle-même une notion fondamentale en matière d'interprétation et d'application des traités que le juge Gwynne de notre Cour avait déjà qualifiée d'*obligation découlant d'un traité* en 1895, soit quatre ans avant la conclusion du Traité n° 8 : *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident). Même si son opinion, voulant que l'obligation découlant d'un traité de verser des rentes aux Indiens crée une fiducie à l'égard des terres provinciales, était minoritaire, les juges majoritaires n'ont rien dit dans cette affaire qui permette de douter que l'honneur de la Couronne garantissait l'exécution de ses obligations envers les Indiens. La Couronne en avait fait sa politique au moins depuis la *Proclamation royale* de 1763, et cette notion ressort clairement des promesses consignées dans le rapport des commissaires. L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu. Dans les arrêts *Sparrow*, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, *Nation Haïda* et *Taku River*, l'« honneur de la Couronne » a été invoqué à titre de principe central du règlement des demandes de consultation des Autochtones, et ce, même en l'absence d'un traité.

52 It is not as though the Treaty 8 First Nations did not pay dearly for their entitlement to honourable conduct on the part of the Crown; surrender of the aboriginal interest in an area larger than France is a hefty purchase price.

(2) Did the Extensive Consultations With First Nations Undertaken in 1899 at the Time Treaty 8 Was Negotiated Discharge the Crown's Duty of Consultation and Accommodation?

53 The Crown's second broad answer to the Mikisew claim is that whatever had to be done was done in 1899. The Minister contends:

> While the government should consider the impact on the treaty right, there is no duty to accommodate in this context. The treaty itself constitutes the accommodation of the aboriginal interest; taking up lands, as defined above, leaves intact the essential ability of the Indians to continue to hunt, fish and trap. As long as that promise is honoured, the treaty is not breached and no separate duty to accommodate arises. [Emphasis added.]

54 This is not correct. Consultation that excludes from the outset any form of accommodation would be meaningless. The contemplated process is not simply one of giving the Mikisew an opportunity to blow off steam before the Minister proceeds to do what she intended to do all along. 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.

55 The Crown has a treaty right to "take up" surrendered lands for regional transportation purposes, but the Crown is nevertheless under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their hunting and trapping rights, and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal

Ce n'est pas comme si les premières nations signataires du Traité nº 8 n'avaient pas payé chèrement leur droit à un comportement honorable de la part de la Couronne; la cession des intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France constitue un prix d'achat très élevé.

(2) La tenue de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité nº 8 en 1899 a-t-elle libéré la Couronne de son obligation de consultation et d'accommodement?

La deuxième réponse générale de la Couronne à la revendication des Mikisew est que ce qui devait être fait a été fait en 1899. La ministre soutient ce qui suit :

> [TRADUCTION] Bien que le gouvernement doive tenir compte des incidences sur le droit issu du traité, il n'existe aucune obligation d'accommodement dans ce contexte. Le traité lui-même constitue l'accommodement aux intérêts autochtones; la prise de terres, telle qu'elle est définie ci-dessus, ne touche aucunement à la capacité fondamentale des Indiens de continuer à chasser, à pêcher et à piéger. Dans la mesure où cette promesse est honorée, le traité n'est pas violé, et aucune obligation d'accommodement distincte ne prend naissance. [Je souligne.]

Cet argument n'est pas fondé. La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début. 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.

Le traité accorde à la Couronne un droit de « prendre » des terres cédées à des fins de transport régional, mais elle n'en est pas moins tenue de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice par les Mikisew de leurs droits de chasse et de piégeage, et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter

with the Mikisew "in good faith, and with the intention of substantially addressing" Mikisew concerns (*Delgamuukw*, at para. 168). This does not mean that whenever a government proposes to do anything in the Treaty 8 surrendered lands it must consult with all signatory First Nations, no matter how remote or unsubstantial the impact. The duty to consult is, as stated in *Haida Nation*, triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the Crown's duty. Here the impacts were clear, established and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question.

In summary, the 1899 negotiations were the first step in a long journey that is unlikely to end any time soon. Viewed in light of the facts of this case, we should qualify *Badger*'s identification of two inherent limitations on Indian hunting, fishing and trapping rights under Treaty 8 (geographical limits and specific forms of government regulation) by a third, namely the Crown's right to take up lands under the treaty, which itself is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations' interests before reducing the area over which their members may continue to pursue their hunting, trapping and fishing rights. Such a third qualification (not at issue in *Badger*) is fully justified by the history of the negotiations leading to Treaty 8, as well as by the honour of the Crown as previously discussed.

As stated at the outset, the honour of the Crown infuses every treaty and the performance of every treaty obligation. Treaty 8 therefore gives rise to Mikisew procedural rights (e.g., consultation) as well as substantive rights (e.g., hunting, fishing and trapping rights). Were the Crown to have barrelled ahead with implementation of the winter road without adequate consultation, it would have been in

avec les Mikisew « de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement » de leurs préoccupations (*Delgamuukw*, par. 168). Cela ne signifie pas que le gouvernement doit consulter toutes les premières nations signataires du Traité n° 8 chaque fois qu'il se propose de faire quelque chose sur les terres cédées visées par ce traité, même si l'effet est peu probable ou peu important. L'obligation de consultation, comme il est précisé dans l'arrêt *Nation Haïda*, est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable, comme l'étendue de l'obligation de la Couronne, est une question de degré. En l'espèce, les effets étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question.

56 En résumé, les négociations menées en 1899 constituaient la première étape d'un long voyage qui n'est pas à la veille de se terminer. À la lumière des faits de la présente affaire, nous devons ajouter aux deux restrictions inhérentes aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que le Traité n° 8 accorde aux Indiens qui ont été dégagées dans l'arrêt *Badger* (limites géographiques et mesures spécifiques de réglementation gouvernementale), une troisième restriction, soit le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, un droit qui est lui-même assujetti à l'obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts des premières nations avant de réduire le territoire sur lequel leurs membres peuvent continuer à exercer leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. Comme nous l'avons vu, cette troisième restriction (qui n'était pas en cause dans *Badger*) est tout à fait justifiée par l'historique des négociations qui ont mené à la signature du Traité n° 8 ainsi que par l'honneur de la Couronne.

57 Comme je l'ai affirmé au début, l'honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l'exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité n° 8 est à l'origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route

violation of its *procedural* obligations, quite apart from whether or not the Mikisew could have established that the winter road breached the Crown's *substantive* treaty obligations as well.

58 *Sparrow* holds not only that rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not absolute, but also that their breach may be justified by the Crown in certain defined circumstances. The Mikisew rights under Treaty 8 are protected by s. 35. The Crown does not seek to justify in *Sparrow* terms shortcomings in its consultation in this case. The question that remains, therefore, is whether what the Crown did here complied with its obligation to consult honourably with the Mikisew First Nation.

(3) Was the Process Followed by the Minister Through Parks Canada in This Case Sufficient?

59 Where, as here, the Court is dealing with a *proposed* "taking up" it is not correct (even if it is concluded that the proposed measure *if implemented* would infringe the treaty hunting and trapping rights) to move directly to a *Sparrow* analysis. The Court must first consider the *process* by which the "taking up" is planned to go ahead, and whether that process is compatible with the honour of the Crown. If not, the First Nation may be entitled to succeed in setting aside the Minister's order on the process ground whether or not the facts of the case would otherwise support a finding of infringement of the hunting, fishing and trapping rights.

60 I should state at the outset that the winter road proposed by the Minister was a permissible purpose for "taking up" lands under Treaty 8. It is obvious that the listed purposes of "settlement, mining, lumbering" and "trading" all require suitable transportation. The treaty does not spell out permissible "other purposes" but the term should not be read restrictively: *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433

d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations *procédurales*, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations *substantielles* que le traité impose à la Couronne.

Selon l'arrêt *Sparrow*, non seulement les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas absolus, mais leur violation peut être justifiée par la Couronne dans certaines circonstances précises. Les droits que le Traité n° 8 confère aux Mikisew sont protégés par l'art. 35. La Couronne ne cherche pas à justifier au sens de l'arrêt *Sparrow* les lacunes de sa consultation en l'espèce. Il reste donc à répondre à la question de savoir si, dans les mesures qu'elle a prises, la Couronne a respecté son obligation de consulter honorablement la Première nation Mikisew.

(3) Le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était-il suffisant?

Dans les cas où, comme en l'espèce, la Cour est en présence d'une « prise » *projetée*, il n'est pas indiqué (même si on a conclu que la mesure envisagée, *si elle était mise en œuvre*, porterait atteinte aux droits de chasse et de piégeage issus du traité) de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*. La Cour doit d'abord examiner le *processus* selon lequel la « prise » doit se faire, et se demander si ce processus est compatible avec l'honneur de la Couronne. Dans la négative, la première nation peut obtenir l'annulation de l'ordonnance de la ministre en se fondant sur le motif relatif au processus, peu importe que les faits de l'affaire justifient par ailleurs une conclusion que les droits de chasse, de pêche et de piégeage ont été violés.

Je précise d'entrée de jeu que la construction de la route d'hiver proposée par la ministre est une fin qui lui permettait de « prendre » des terres aux termes du Traité n° 8. Il est évident que les fins [TRADUCTION] « d'établissements, de mine, d'opérations forestières » et de [TRADUCTION] « commerce » nécessitent toutes un transport convenable. Le traité ne définit pas les [TRADUCTION] « autres

(Sask. C.A.), at pp. 440-41. In any event, as noted earlier, the opening recital of Treaty 8 refers to "travel".

The question is whether the Minister and her staff pursued the permitted purpose of regional transportation needs in accordance with the Crown's duty to consult. The answer turns on the particulars of that duty shaped by the circumstances here. In *Delgamuukw*, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of an infringement of aboriginal title (at para. 168):

> In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands. [Emphasis added.]

In *Haida Nation*, the Court pursued the kinds of duties that may arise in pre-proof claim situations, and McLachlin C.J. used the concept of a spectrum to frame her analysis (at paras. 43-45):

> 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. . . .
>
> 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

objets » qui permettent de prendre des terres, mais cette expression ne doit pas recevoir une interprétation restrictive : *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), p. 440-441. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai déjà mentionné, on parle de « voyages » dans le préambule du Traité n° 8.

61 La question est de savoir si la ministre et son personnel ont tenté de parvenir à la fin autorisée que constituent les besoins en matière de transport régional en respectant l'obligation de consultation de la Couronne. La réponse dépend du contenu de cette obligation, lequel est tributaire des circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a examiné l'obligation de consultation et d'accommodement dans le contexte d'une atteinte au titre aborigène (par. 168) :

> Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones. [Je souligne.]

62 Dans l'arrêt *Nation Haïda*, la Cour a examiné les types d'obligations qui peuvent découler de différentes situations dans le contexte de revendications non encore prouvées, et la juge en chef McLachlin a utilisé la notion de continuum comme fondement de son analyse (par. 43-45) :

> À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. . .
>
> À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une

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. . . .

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. . . . [Emphasis added.]

63 The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida Nation* suggests, be governed by the context. One variable will be the specificity of the promises made. Where, for example, a treaty calls for certain supplies, or Crown payment of treaty monies, or a modern land claims settlement imposes specific obligations on aboriginal peoples with respect to identified resources, the role of consultation may be quite limited. If the respective obligations are clear the parties should get on with performance. 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 Nation* 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. Here, the most important contextual factor is that Treaty 8 provides a framework within which to manage the continuing changes in land use already foreseen in 1899 and expected, even now, to continue well into the future. In that context, consultation is key to achievement of the

haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et 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. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. . .

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. . . [Je souligne.]

Comme l'indique l'arrêt *Nation Haïda*, la détermination du contenu de l'obligation de consultation sera fonction du contexte. La spécificité des promesses faites sera une des variables prises en compte. Si, par exemple, un traité exige la fourniture de biens ou le paiement de sommes d'argent par la Couronne, ou si une entente récente sur les revendications territoriales impose aux Autochtones des obligations spécifiques relativement à des ressources données, l'importance de la consultation peut être assez limitée. Si les obligations respectives sont claires, les parties devraient les exécuter. Un autre facteur contextuel sera la gravité de l'incidence qu'auront sur le peuple autochtone les mesures que propose la Couronne. Plus la mesure aura d'incidence, plus la consultation prendra de l'importance. S'il n'y a pas de traité, la solidité de la revendication autochtone sera un autre facteur, comme le signale l'arrêt *Nation Haïda*. L'historique des relations entre la Couronne et une première nation peut aussi être un facteur important. En l'espèce, le facteur contextuel le plus important est le fait que le Traité nº 8 offre un cadre permettant de gérer les changements constants à l'utilisation des terres déjà prévus en 1899 et qui, on le sait

overall objective of the modern law of treaty and aboriginal rights, namely reconciliation.

The duty here has both informational and response components. In this case, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on *surrendered* lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights are expressly subject to the "taking up" limitation, I believe the Crown's duty lies at the lower end of the spectrum. The Crown was required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them (and not, as seems to have been the case here, as an afterthought to a general public consultation with Park users). 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. The Crown did not discharge this obligation when it unilaterally declared the road realignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. I agree on this point with what Finch J.A. (now C.J.B.C.) said in *Halfway River First Nation*, at paras. 159-60:

> The fact that adequate notice of an intended decision may have been given does not mean that the requirement for adequate consultation has also been met.
>
> The Crown's duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action. [Emphasis added.]

maintenant, vont se poursuivre encore longtemps. Dans ce contexte, la consultation est un facteur clé pour parvenir à la réconciliation, l'objectif global du droit moderne des traités et des droits autochtones.

64 L'obligation en l'espèce comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres *cédées* où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », j'estime que l'obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, après coup lorsqu'une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n'a pas respecté cette obligation lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Sur ce point, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Finch (maintenant Juge en chef de la C.-B.) dans *Halfway River First Nation*, par. 159-160 :

> [TRADUCTION] Ce n'est pas parce qu'on a donné un avis suffisant d'une décision envisagée qu'on a aussi respecté l'exigence de la consultation suffisante.
>
> L'obligation de consultation de la Couronne lui impose le devoir concret de veiller raisonnablement à ce que les Autochtones disposent en temps utile de toute l'information nécessaire pour avoir la possibilité d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et de faire en sorte que leurs observations sont prises en considération avec sérieux et, lorsque c'est possible, sont intégrées d'une façon qui puisse se démontrer dans le plan d'action proposé. [Je souligne.]

65 It is true, as the Minister argues, that there is some reciprocal onus on the Mikisew to carry their end of the consultation, to make their concerns known, to respond to the government's attempt to meet their concerns and suggestions, and to try to reach some mutually satisfactory solution. In this case, however, consultation never reached that stage. It never got off the ground.

66 Had the consultation process gone ahead, it would not have given the Mikisew a veto over the alignment of the road. As emphasized in *Haida Nation*, consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement. There could, however, be changes in the road alignment or construction that would go a long way towards satisfying the Mikisew objections. We do not know, and the Minister cannot know in the absence of consultation, what such changes might be.

67 The trial judge's findings of fact make it clear that the Crown failed to demonstrate an "'intention of substantially addressing (Aboriginal) concerns' . . . through a meaningful process of consultation" (*Haida Nation*, at para. 42). On the contrary, the trial judge held that

> [i]n the present case, at the very least, this [duty to consult] would have entailed a response to Mikisew's October 10, 2000 letter, and a meeting with them to ensure that their concerns were addressed early in the planning stages of the project. At the meetings that were finally held between Parks Canada and Mikisew, a decision had essentially been made, therefore, the meeting could not have been conducted with the genuine intention of allowing Mikisew's concerns to be integrated with the proposal. [para. 154]

The trial judge also wrote:

> . . . it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a

Il est vrai, comme le prétend la ministre, que les Mikisew ont l'obligation réciproque de faire leur part en matière de consultation, de faire connaître leurs préoccupations, de supporter les efforts du gouvernement en vue de tenir compte de leurs préoccupations et suggestions, et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante. En l'espèce, cependant, la consultation n'a jamais atteint ce stade. Elle n'a jamais pris son essor.

Le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Comme on le souligne dans l'arrêt *Nation Haïda*, la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente. On aurait toutefois peut-être pu apporter au tracé ou à la construction de la route des modifications qui permettraient de répondre, dans une large mesure, aux objections des Mikisew. Nous ne savons pas ce que pourraient être ces modifications et, en l'absence de consultation, la ministre ne peut pas le savoir non plus.

Il ressort clairement des conclusions de fait de la juge de première instance que la Couronne n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait « "l'intention de tenir compte réellement des préoccupations (des Autochtones)" [. . .] dans le cadre d'un véritable processus de consultation » (*Nation Haïda*, par. 42). Au contraire, la juge de première instance a estimé que,

> [e]n l'espèce, il aurait donc au moins fallu répondre à la lettre des Mikisews du 10 octobre 2000 et rencontrer ceux-ci pour prendre leurs préoccupations en considération au début de la planification du projet. Lorsque des rencontres ont finalement eu lieu entre Parcs Canada et les Mikisews, la décision était pour ainsi dire prise, et elles ne pouvaient donc se tenir dans l'intention véritable de permettre la prise en compte de leurs préoccupations. [par. 154]

La juge de première instance a également écrit ceci :

> . . . l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à

First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. [para. 157]

I agree, as did Sharlow J.A., dissenting in the Federal Court of Appeal. She declared that the mitigation measures were adopted through a process that was "fundamentally flawed" (para. 153).

In the result I would allow the appeal, quash the Minister's approval order, and remit the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with these reasons.

V. Conclusion

Costs are sought by the Mikisew on a solicitor and client basis but there are no exceptional circumstances to justify such an award. The appeal is therefore allowed and the decision of the Court of Appeal is set aside, all with costs against the respondent Minister in this Court and in the Federal Court of Appeal on a party and party basis. The costs in the Trial Division remain as ordered by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rath & Co., Priddis, Alberta.

Solicitor for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Thebacha Road Society: Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Big Island Lake Cree Nation: Woloshyn & Company, Saskatoon.

des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. [par. 157]

68 Comme la juge Sharlow, dissidente en Cour d'appel fédérale, je suis de cet avis. Cette dernière a affirmé que les mesures d'atténuation avaient été élaborées par suite d'un processus qui était « fondamentalement vicié » (par. 153).

69 En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance d'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier du projet de route d'hiver pour qu'elle prenne une décision conforme aux présents motifs.

V. Conclusion

70 Les Mikisew ont demandé les dépens sur une base avocat-client, mais aucune circonstance exceptionnelle ne justifie cette demande. En conséquence, le pourvoi est accueilli et la décision de la Cour d'appel fédérale est annulée, le tout avec dépens entre parties contre la ministre intimée dans notre Cour et dans la Cour d'appel fédérale. L'ordonnance relative aux dépens rendue par la juge en Section de première instance est maintenue.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rath & Co., Priddis, Alberta.

Procureur de l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Thebacha Road Society : Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Nation crie de Big Island Lake : Woloshyn & Company, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Donovan & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 Tribal Association: Woodward & Co., Victoria.

Solicitor for the intervener the Blueberry River First Nations: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council : Donovan & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité nº 8 : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Treaty 8 Tribal Association : Woodward & Co., Victoria.

Procureur de l'intervenante les Premières nations de Blueberry River : Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-015773-054
(500-17-022878-048)

DATE : 28 avril 2006

CORAM: LES HONORABLES J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.
MARC BEAUREGARD J.C.A.
YVES-MARIE MORISSETTE J.C.A.

KRUGER INC.
APPELANTE (Défenderesse) – Intimée incidente
c.
LA PREMIÈRE NATION DES BETSIAMITES
LA BANDE DE BETSIAMITES
RAPHAËL PICARD
INTIMÉS (Demandeurs) – Appelants incidents
Et
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE MINISTRE DES RESSOURCES NATURELLES, FAUNE ET PARCS
MIS EN CAUSE (Défendeurs)

ARRÊT

---

[1] **LA COUR**; — Statuant sur le pourvoi de l'appelante contre un jugement de la Cour supérieure (Montréal, 17 juin 1005, la juge Danielle Grenier) qui a délivré une ordonnance de sauvegarde contre l'appelante;

[2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;

[3] Pour les motifs de la Cour ci-joints :

[4] **ACCUEILLE** le pourvoi, avec dépens, infirme le jugement entrepris et rejette la requête pour ordonnance de sauvegarde, également avec dépens en faveur de l'appelante, et rejette, également sans frais, le pourvoi incident.

J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.

MARC BEAUREGARD J.C.A.

YVES-MARIE MORISSETTE J.C.A.

Me Simon V. Potter
Me Marc-André Blanchard
Me Ann Bigué
Me Alexandre-Philippe Avard
MCCARTHY, TÉTRAULT
Pour l'appelante

Me Marie-Josée Corriveau
Me André Binette
Me Louise Comtois
Me Hélène Rioux et Me Isabelle Lanson
JOLI-CŒUR, LACASSE
Pour les intimés

Me Éric R. Gingras
Pour les mis en cause, PGC et ministre des affaires indiennes et du Nord Canada

Me Sylvain Ayotte
Me Patrice Peltier-Rivest
Me Eliane Neveu
BERNARD, ROY (Justice-Québec)
Pour les mis en cause PGQ et ministre des Ressources naturelles, Faune et Parcs

Me Pierre-Christian Labeau
Pour la Direction générale des Affaires juridiques et législatives

Dates d'audience : Les 15 et 18 novembre 2005

MOTIFS DE LA COUR

[5] En 1980 des négociations commencèrent entre le gouvernement du Canada, celui du Québec et le Conseil Attikamekw-Montagnais (CAM), lequel représentait alors les Attikamekw et les Innus[1].

[6] En 1994, les Attikamekw et les Innus ont décidé de négocier séparément et le CAM a été dissous. Puis les Innus se sont divisés pour faire appel à deux groupes de représentants, soit, d'une part, le Conseil tribal Mamuitun et, d'autre part, le Regroupement Mamit Innuat inc., lequel fut remplacé en mars 1995 par l'Assemblée Mamu Pakatatau Mamit.

[7] Les gouvernements du Canada et du Québec ont accepté de négocier séparément avec trois entités distinctes, soit le Conseil de la Nation Attikamekw, le Conseil tribal Mamuitun et l'Assemblée Mamu Pakatatau Mamit.

[8] À partir du début de l'année 1997, le Conseil tribal Mamuitun représentait les communautés innues de Mashteujatsh, d'Essipit, de Betsiamites et, depuis novembre 2000, de Nutashkuan de sorte que, depuis cette dernière date, le Conseil porte le nom de Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan. De son côté, l'Assemblée Mamu Pakatatau Mamit représentait les communautés innues de Ekuanitshit, d'Unamen Shipu et de Pakua Shipu. Deux autres communautés innues n'étaient pas représentées quoiqu'à certaines occasions elles fussent présentes à titre d'observatrices.

[9] Aux fins des présents motifs, nous renvoyons seulement aux négociations entre les gouvernements et le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan, lequel, comme nous l'avons mentionné plus haut, représentait quatre communautés parmi les neuf communautés innues.

[10] En 2002 les négociateurs des gouvernements et des Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan ont paraphé une *Entente de principe d'ordre général* (« l'EPOG »).

[11] Le 31 mars 2004, après plus de 20 ans de négociations, les gouvernements, d'une part, et, d'autre part, la Première Nation de Betsiamites, la Première Nation d'Essipit, la Première Nation de Mashteuiatsh et la Première Nation de Nutashkuan ne signèrent pas un traité, mais ratifièrent l'EPOG qui, espérait-on, allait conduire à un traité deux ou trois ans plus tard.

---

1 Pour décrire ces négociations nous empruntons au texte des déclarations écrites assermentées de Mme Louise Trépanier datées des 25 janvier et 23 mars 2005.

[12] L'EPOG s'inscrivait dans le cadre d'un processus de négociation dont la nature était essentiellement politique, tel que l'énonce d'ailleurs le préambule :

> Attendu que les plus hautes instances judiciaires ont plusieurs fois affirmé que la conciliation des intérêts constitutionnels légitimes des peuples autochtones et de la Couronne relèvent davantage du domaine politique que du domaine judiciaire et ne peut devenir réalité que si les parties sont consentantes à se faire des concessions mutuelles au cours d'un processus de négociation dont la nature est essentiellement politique.
>
> [...]
>
> Attendu que les parties, en vue de favoriser l'atteinte de leur objectif commun, s'entendent pour que leurs négociations soient conduites sans préjudice à leurs positions juridiques respectives et que leurs communications durant le cours de leurs négociations ne puissent être invoquées par l'une contre l'autre devant les tribunaux.

[13] Contrairement à l'entente finale à intervenir, les stipulations de l'EPOG ne créaient aucune obligation juridique entre les parties, ainsi que le constatent les stipulations suivantes :

> 3.1.3 La présente entente ne crée aucune obligation légale pour les parties, ne porte pas atteinte aux obligations ou aux droits existants de celles-ci et ne doit être interprétée d'aucune façon comme ayant l'effet d'une abrogation, d'une négation ou d'une reconnaissance d'un droit ancestral, d'un droit issu de traité ou de tout autre droit.
>
> 3.1.4 La présente entente de principe a été négociée et conclue sans préjudice aux droits des parties et rien dans cette entente ne doit être interprété comme modifiant la situation juridique de l'une ou l'autre des parties ou modifiant les relations juridiques entre le Canada, le Québec et les Premières Nations avant la conclusion du Traité et l'entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre;

[14] L'EPOG ne stipulait pas qu'avant ou après le traité à être signé le gouvernement du Québec ne pourrait plus exploiter les richesses naturelles du secteur au sujet duquel les Innus prétendaient avoir des droits ancestraux. Mais, en plus d'autres avantages (dotation en capital, indemnité de compensation pour les développements passés), le traité allait prévoir qu'un certain volume de bois allait être mis à la disponibilité de chacune des quatre communautés innues.

[15] Même si l'EPOG n'avait aucune valeur juridique, elle comportait malgré tout des stipulations qui prévoyaient des mesures transitoires que les gouvernements étaient obligés d'adopter, sinon légalement, du moins moralement ou honorablement. Entre autres mesures transitoires, l'EPOG mentionnait celles-ci :

> 19.1 Dès la signature de la présente entente, le Canada et le Québec, suivant leurs compétences respectives, prendront les mesures transitoires jugées nécessaires pour prévenir une atteinte aux droits et intérêts visés dans la présente entente suivant les différentes affectations territoriales convenues, et les mesures de développement socio-économique convenues, et préparer la mise en vigueur du Traité.
>
> 19.2 Ces mesures transitoires pourront porter notamment sur la prévention contre les cessions de terres, l'attribution de nouveaux droits ou baux ou toutes autres activités qui pourraient porter préjudice à la mise en application des dispositions du Traité.
>
> (nous soulignons)

[16] Après plus de 20 ans de négociations les Innus représentés par le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan s'attendaient à ce que, dès la signature de l'EPOG par les gouvernements, le gouvernement du Québec adopte des mesures transitoires pour protéger les droits qu'allait ultérieurement leur conférer le traité.

[17] Le 4 mai 2004, le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan écrivait au gouvernement du Québec pour l'aviser qu'il venait d'apprendre que le gouvernement s'apprêtait à faire un réaménagement majeur de la distribution des volumes de bois à leur préjudice. Il sollicitait une rencontre avec deux ministres pour convaincre le gouvernement de ne pas attribuer pour de longues périodes des volumes de matières ligneuses, ce qui, selon lui, allait avoir pour effet de priver les Innus des volumes de bois auxquels ils allaient avoir droit après la signature du traité.

[18] Le dossier tel qu'il est constitué devant nous ne permet pas de déterminer ce qu'est le réaménagement auquel la lettre renvoie. Parle-t-on de nouveaux contrats d'approvisionnement et d'aménagement forestiers (CAAFs) par opposition aux CAAFs déjà consentis ou parle-t-on de permis annuels délivrés en application de CAAFs déjà existants à la signature de l'EPOG, lesquels CAAFs, selon les mesures transitoires, continuaient d'avoir leurs effets.

[19] Le 1er juin 2004, le même conseil écrivait à M. Benoît Pelletier, ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes et aux Affaires autochtones, pour le prier de prendre sans délai toutes les mesures pour donner l'information pertinente à ses représentants et à la fonction publique de façon que l'ensemble des intervenants soit interpellé dans le but de « prendre en compte dès à présent dans les politiques et directives des ministères l'ensemble des paramètres qui sont à la base de l'Entente de principe d'ordre général intervenue entre les parties ».

[20] Toujours à la même date, le même conseil écrivait au gouvernement fédéral pour faire hâter le processus de négociation puisqu'en particulier le paiement de redevances aux Premières Nations sur l'exploitation des ressources allait être retardé si les

négociations n'étaient pas menées rapidement. La lettre regrettait que, durant les négociations :

> [...] le territoire visé par l'Entente de principe d'ordre général continue d'être exploité sans tenir compte des paramètres et des fondements de cette dernière et que peu de choses sont faites pour prendre en compte les préoccupations exprimées par les Premières Nations à ce niveau. Même après la ratification de l'Entente, nous constatons, sur une base quotidienne, que l'État permet des interventions sur le territoire en contradiction directe avec les concepts articulés dans l'Entente de principe d'ordre général.

Finalement la lettre menaçait le gouvernement de poursuites judiciaires si celui-ci n'agissait pas de bonne foi.

[21] On constate que les Innus signataires de l'EPOG attachent de l'importance à ce document et qu'ils ont l'intention de faire progresser rapidement les négociations en vue à la fois d'en venir à un traité et d'obtenir entre-temps les mesures provisoires prévues dans l'EPOG. De nouveau, cependant, rien au dossier ne permet de déterminer à quoi renvoie la lettre en question lorsqu'elle parle « des interventions sur le territoire en contradiction directe avec les concepts articulés dans l'Entente de principe d'ordre général ». On ne connaît donc pas la nature des mesures provisoires que les Innus désiraient obtenir et, en conséquence, nous ne pouvons savoir si les gouvernements étaient en défaut à cet égard.

[22] Le ou vers le 11 juin 2004, les négociateurs des trois parties se sont rencontrés afin de faire le point sur les négociations et préparer le calendrier des prochaines rencontres.

[23] Les 5, 6 et 22 juillet 2004, les négociations se sont poursuivies sous forme d'une table centrale conjointe avec le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan et l'Assemblée Mamu Pakatatau Mamit. Les communautés Uashat mak Mani-Utenam et Matimekush-Lac-John ont également assisté à ces négociations, mais à titre d'observateurs seulement.

[24] Le 27 juillet 2004, M. Raphaël Picard, chef de la Première Nation innue de Betsiamites, une des quatre communautés qui ont signé l'EPOG (une communauté de 3,300 personnes dont 2,600 vivaient à Betsiamites le long du St-Laurent), écrit au gouvernement du Québec ainsi qu'à l'appelante Kruger inc. qui était détentrice d'un CAAF dans une partie du territoire au sujet duquel les Innus prétendaient avoir des droits ancestraux. Ce CAAF concernait l'aire commune 093-20 (l'aire). Les quatre derniers paragraphes de la lettre mentionnaient :

> Est révolue l'époque où de nouveaux projets de développement, de quelque nature qu'ils soient, pouvaient être entrepris sur le Nitassinan sans une pleine participation des Innus en amont de la prise de décision. Les Innus considèrent

> que tout projet de développement doit avoir lieu dans un profond respect pour l'environnement, pour leur culture et leur mode de vie, pour leurs aspirations et pour leurs droits.
>
> Ces conditions ne sont pas réunies actuellement dans le cas des activités d'exploitation forestière de la société Kruger sur notre territoire ancestral. En 1997, cette société obtenait du gouvernement du Québec, sans que notre Première Nation soit consultée, un contrat d'approvisionnement et d'aménagement forestier (CAAF) d'une durée d'un siècle pour l'aire commune 093-20, dont la superficie totalise environ 15,000 kilomètres carrés et se situe au cœur même de notre Nitassinan. Cette aire comprend l'île René-Levasseur, où se trouve l'une des plus importantes forêts vierges au Québec, des arbres tricentenaires d'une valeur inestimable pour la biosphère, pour l'environnement québécois et pour la culture et le mode de vie innus (Innu Aitun). La société Kruger s'apprête à dévaster la quasi-totalité de cette île avec le consentement du gouvernement du Québec, mais sans le nôtre, au moyen de coupes qui auront lieu 24 heures par jour, cinq (5) jours par semaine, de la fin de mai jusqu'à décembre, sur plusieurs décennies.
>
> Dans le contexte des négociations ayant mené à l'entente de principe qui a été signée cette année sur nos revendications territoriales globales, la Première Nation de Betsiamites était en droit de s'attendre à ce que l'obligation d'obtenir son consentement, qui est maintenant fermement établie en droit canadien, ait été rigoureusement respectée.
>
> Le CAAF accordé en 1997 par le ministère des Ressources naturelles du Québec à la société Kruger a été accordé illégalement. Toute activité d'exploitation forestière dans l'aire commune 093-20, particulièrement sur l'île René-Levasseur, doit cesser immédiatement, à défaut de quoi des procédures judiciaires seront entreprises prochainement contre la société Kruger et le gouvernement du Québec. Seule une pleine participation de la Première Nation innue de Betsiamites à toute décision concernant le développement de ce territoire pourra désormais être considérée.

[25] Le dossier n'indique pas si le gouvernement du Québec a répondu aux lettres des 4 mai et 1er juin 2004 que lui faisait parvenir le Conseil tribal Mamuitun mak Nutashkuan. Ce serait plutôt le contraire. Ce qui expliquerait l'impatience du chef Picard dans sa lettre du 27 juillet. Nous notons cependant que la lettre ne mentionne toujours pas quelles mesures transitoires prévues dans l'EPOG auraient dû être adoptées et ne l'ont pas été. Au lieu d'exiger que des mesures transitoires soient adoptées, le chef Picard fait grief au gouvernement de ne pas avoir consulté les Betsiamites sept ans auparavant avant de consentir un CAAF à Kruger. Pour les observateurs que nous sommes, le chef Picard semble invoquer le prétexte que le CAAF consenti à Kruger en

1997 l'aurait été en l'absence d'une consultation de sa communauté comme représailles au fait que, selon lui, il n'est pas véritablement donné suite à l'EPOG.

[26] Il y a lieu de citer au long la lettre de la réponse de Kruger datée du 31 août 2004 à la lettre du chef Picard du 27 juillet 2004 :

> Chef Picard,
>
> Je vous écris en réponse à votre lettre du 27 juillet dernier que vous m'avez adressée personnellement. Permettez-moi d'abord de vous offrir mes meilleurs vœux à l'occasion de votre réélection.
>
> Je dois vous dire que j'ai été surpris de votre lettre au sujet des activités d'aménagement forestier de la société Kruger qui ont commencé sur l'Île René-Levasseur en septembre 2003 et qui se poursuivent depuis bientôt un an, en vertu du contrat d'approvisionnement et d'aménagement forestier sur l'aire commune 093-20 octroyé à Kruger en juin 1997.
>
> La politique de notre entreprise consiste à établir les meilleures relations possibles avec les communautés autochtones dans les territoires où nous avons des activités. Ainsi, Kruger a fait tout en son pouvoir pour établir de telles relations avec la Première Nation innue de Betsiamites, et pour faire participer les Innus de Betsiamites au développement économique engendré par ses activités sur la Côte-Nord, le tout dans le respect de la culture et du mode de vie innus.
>
> La construction d'une scierie dans la région de Baie-Comeau a été annoncée en septembre 1995. Depuis, des représentants de Kruger ont rencontré des représentants du Conseil de bande de Betsiamites afin de discuter des avantages économiques découlant de l'implantation d'une scierie à Ragueneau et des retombées socio-économiques reliées aux activités d'aménagement forestier de Kruger dans la région. D'ailleurs, Kruger a déployé des efforts soutenus de recrutement auprès des membres de votre communauté, et nous avons employé et employons toujours des travailleurs innus de Betsiamites à notre usine de Ragueneau.
>
> Kruger a constamment informé les Innus de Betsiamites du développement de ses activités d'aménagement forestier dans la région et a entretenu des échanges suivis avec votre communauté. Kruger a mis en place des mesures pour harmoniser ses activités d'aménagement forestier avec les activités traditionnelles des membres de votre communauté, en coordination avec des représentants du Conseil de bande de Betsiamites, en réponse aux demandes formulées par votre communauté. Nos relations se sont établies à la fois par la voie de nombreuses rencontres au fil des ans entre Kruger, votre Conseil de bande et votre communauté, à divers niveaux, et par la voie de rencontres

régulières de la Table de concertation où siègent un membre représentant le Conseil de bande de Betsiamites et un représentant du Conseil de gestion de la Réserve écologique Louis-Babel. À ce jour, nos relations ont été marquées par le respect mutuel et la compréhension ainsi que par un esprit de coopération et de bonne entente.

Les activités de Kruger dans l'Île René-Levasseur se déroulent dans le respect des lois applicables, particulièrement en ce qui a trait à l'environnement, avec des préoccupations de rendement soutenu et de développement durable. Kruger a opté pour une répartition spatiale des coupes, de type mosaïque, avec de rigoureuses mesures de protection de la régénération et des sols. Kruger s'est aussi engagée à préserver les écosystèmes forestiers exceptionnels. De plus, près du quart de l'Île René-Levasseur a été soustrait aux activités d'aménagement forestier, soit par la création de la réserve écologique Louis-Babel en 1991 et, plus récemment, avec la collaboration de Kruger, par l'établissement de l'aire protégée de la Baie-Memory.

Depuis 1995, votre lettre est la première manifestation d'un inconfort de votre communauté au sujet des activités de Kruger dans la région. C'est pourquoi j'y porte une attention particulière. Je désire que Kruger continue de maintenir d'excellentes relations avec vous, votre Conseil de bande et votre communauté. Il m'importe que Kruger comprenne les préoccupations des Innus de Betsiamites face aux activités que l'entreprise poursuit sur l'Île-René-Levasseur. J'ai demandé à monsieur Daniel Tardif, vice-président principal, Division Forêts et Produits forestiers, en qui j'ai pleine confiance, de me représenter auprès de vous à cette fin.

Je comprends que votre communauté est impliquée dans un processus de négociation de revendication territoriale globale avec les gouvernements du Québec et du Canada et votre lettre soulève des questions qui relèvent des compétences respectives de ces gouvernements. Vous comprendrez qu'il ne nous appartient pas de traiter de ces questions. Cependant, soyez assuré que Kruger demeure disposée à collaborer avec les autorités gouvernementales et les Innus de Betsiamites, comme nous l'avons fait par le passé, en vue de maintenir l'harmonie des relations entre tous les intervenants concernés. Monsieur Tardif me représentera également dans ce contexte au besoin.

Veuillez agréer, Chef Picard, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

[27] Le 2 septembre 2004, le ministre Pelletier s'adressait à la presse. Il fait part de son désir de tenir compte à la fois des préoccupations des Innus et de la population non autochtone dans le secteur qui, elle aussi, a des revendications. Il exprime l'avis qu'on doit chercher un consensus afin que le « après-traité » soit viable. Il ajoute qu'il n'est pas question pour l'heure de faire une application des clauses prévues dans l'EPOG, clauses qui ne seront exécutoires qu'après la signature d'un traité, mais que cela

n'empêche pas les autochtones de continuer à faire des revendications de nature politique.

[28] Il semble donc qu'il y a une incompréhension entre les intimés et le gouvernement du Québec. Les intimés prétendent qu'ils ont droit aux mesures transitoires prévues dans l'EPOG et que ces mesures ne sont pas adoptées par le gouvernement du Québec, tandis que le ministre Pelletier semble suggérer que les intimés veulent qu'on fasse une application du traité prévu dans l'EPOG avant que ce traité ne soit signé.

[29] Il est malheureux que le ministre Pelletier et le chef Picard ne se soient pas rencontrés pour tenter, de bonne foi, de régler rationnellement le différend. Nous ne pouvons croire qu'après plus de 20 ans de négociations et que quatre mois après la signature de l'EPOG, le ministre et le chef n'aient pas pu s'entendre au moins sur ce qui les divisait et que, pour notre part, nous ignorons toujours.

[30] Le 16 septembre 2004 les Betsiamites, par leur avocat, faisaient parvenir au gouvernement du Québec et à Kruger une lettre de mise en demeure. L'avocat répétait que ses clients n'avaient pas été consultés avant que le gouvernement ne consente le CAAF à Kruger en 1997 et que, malgré la lettre du chef Picard du 27 juillet 2004, Kruger continuait son exploitation. La mise en demeure signalait également que les mesures transitoires de l'EPOG du 31 mars 2004 prévoyaient que le gouvernement avait l'obligation de prévenir toutes activités « qui pourraient porter préjudice à la mise en application des dispositions du Traité ». Mais on ne décrit pas quelles sont ces activités. S'agit-il des activités de Kruger dont le bail n'est pas remis en question par les mesures transitoires ? La lettre ajoutait que l'EPOG « prévoit également, en ce qui concerne la foresterie, qu'un volume de bois de 250,000 mille mètres cubes sera mis en disponibilité pour les Innus de Betsiamites ». La lettre mentionnait aussi que les Innus s'interrogeaient sur la bonne foi du gouvernement du Québec par suite de la conférence de presse du ministre Pelletier du 2 septembre 2004. Les avocats concluaient en exigeant que Kruger cesse immédiatement toutes activités dans le territoire visé par le CAAF, soit dans l'aire, sans quoi les intimés engageraient des procédures contre les gouvernements et Kruger.

[31] Le 21 septembre 2004, Gilbert Dominique, chef du Conseil des Montagnais du Lac St-Jean (les Innus de Mashteuiatsh), écrivait une lettre au ministre Pelletier. Il reprochait à celui-ci de ne pas avoir répondu aux lettres des 4 mai et 1er juin 2004. Il reprochait au gouvernement de continuer à agir comme si l'EPOG n'existait pas. Il priait le gouvernement de corriger la situation, mais, contrairement aux intimés, il ne menaçait pas le gouvernement du Québec de procédures judiciaires. Ce qu'il reproche au gouvernement est de :

> Procéder à un réaménagement majeur de la distribution des volumes de bois pour fins de coupes forestières [...] Le silence existant à ce sujet est loin de nous donner l'assurance que l'on tiendra compte, dans ce processus, de l'engagement

du gouvernement du Québec quant au volume de 850,000 m^3 qui sont couverts par l'Entente de principe d'ordre général.

[32] On ne sait toujours pas ce qu'est ce réaménagement et si, en le faisant, le gouvernement viole ses obligations aux termes des mesures transitoires. On constate que le chef Dominique craint que ce réaménagement affecte le droit éventuel des Innus d'obtenir 850,000 mètres cubes de bois. N'y avait-il pas quelqu'un au ministère, soit pour rassurer le chef Dominique, soit pour au moins lui dire qu'il avait tort ? L'omission du ministre de répondre aux lettres des 4 mai et 1er juin 2004 et la mention insensible faite en public de l'argument selon lequel l'EPOG n'avait aucune valeur juridique n'étaient peut-être pas compatibles avec le principe de « l'honneur de la Couronne », principe reconnu à l'époque dans les affaires *R.* c. *Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 et *R.* c. *Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et que la Cour suprême a réitéré récemment dans les arrêts *Nation haïda* c. *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 et *Première nation crie Mikisew* c. *Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

[33] Le 29 septembre 2004, le chef Picard publiait un communiqué de presse dans lequel il donnait un dernier avertissement au gouvernement et à Kruger avant que les Betsiamites ne recourent à des procédures judiciaires : Kruger devait arrêter ses travaux, singulièrement dans l'Île René-Levasseur.

[34] Il y avait au moins Kruger qui voulait régler le différend. Ainsi, le 1er octobre 2004, Kruger sollicitait une rencontre avec le Conseil de bande des Betsiamites « afin d'échanger au plus haut niveau sur les activités forestières de Kruger sur la Côte-Nord et sur les préoccupations de votre communauté ».

[35] Entre-temps, les négociations en vue d'un traité s'étaient poursuivies les 1er et 2 septembre 2004.

[36] Le 5 octobre 2004, les avocats de Kruger répondaient à la mise en demeure du 16 septembre. Ils signalaient que Kruger, ses employés et les familles de ceux-ci étaient pris en otage puisque Kruger n'avait aucun contrôle sur les négociations et que c'est Kruger, ses employés et les familles de ceux-ci qui allaient subir un préjudice si Kruger devait arrêter ses travaux. Les avocats réitéraient la volonté de Kruger de continuer à maintenir l'harmonie dans ses relations avec les Betsiamites.

[37] À la même date il y eut une rencontre entre Kruger et les Betsiamites, rencontre qui ne fut pas fructueuse. Le 7 octobre 2004 Kruger écrivait au chef Picard pour se dire déçue que Kruger et les Betsiamites n'aient pas pu arriver à une entente et pour lui réitérer que « nous sommes ouverts à tous processus complémentaires d'harmonisation qui pourraient être proposés par votre communauté. »

[38] Il faut dire que les Betsiamites avaient retiré le mandat aux personnes qui jusqu'alors les avaient représentés à une table de concertation concernant les activités dans l'aire commune.

[39] Dans une lettre du 12 octobre 2004, le chef Picard confirmait que les Betsiamites ne voulaient pas dialoguer avec Kruger sans qu'au préalable celle-ci mette fin à ses travaux dans l'Île René-Levasseur.

[40] Dans sa lettre du 19 octobre 2004 au chef Picard, Kruger expliquait qu'elle ne pouvait mettre fin à ses travaux sans subir un préjudice irréparable et elle se disait toujours prête à tenter de satisfaire les exigences des Betsiamites.

[41] Le 27 octobre 2004, les Betsiamites faisaient signifier une requête introductive d'instance pour obtenir une injonction permanente, laquelle enjoindrait à Kruger et au gouvernement du Québec de cesser toutes activités forestières, non seulement dans l'Île René-Levasseur, mais dans l'aire.

[42] Dans un communiqué de presse du 29 octobre 2004, le ministre Pelletier faisait savoir que le gouvernement du Québec allait dorénavant exiger la participation conjointe des neuf communautés innues aux négociations en vue de la conclusion du traité.

[43] Le 2 novembre 2004 le chef Picard écrivait au ministre Pelletier pour lui dire que les Betsiamites avaient pris connaissance de sa déclaration et qu'ils étaient déçus et étonnés que le gouvernement tente d'imposer un nouveau cadre de négociation à mi-parcours.

[44] Par la suite, les négociations en vue de la signature d'un traité se sont poursuivies les 4 et 5 novembre et 6 et 7 décembre 2004. Nous ignorons si les intimés se sont retirés de ces négociations et, dans l'affirmative, à quelle date ils l'ont fait.

——0——

[45] Lorsqu'un justiciable prétend avoir le droit d'empêcher qu'une personne pose un acte, il peut tenter d'obtenir une injonction.

[46] Lorsqu'il subit un préjudice irréparable, qu'il établit son apparence de droit et que la théorie du poids relatif des inconvénients le favorise, il peut tenter d'obtenir une injonction interlocutoire.

[47] Dans une situation urgente, il peut même tenter d'obtenir une injonction provisoire valable durant dix jours ou une ordonnance de sauvegarde valable jusqu'à une date précise ou, à la rigueur, jusqu'à ce qu'un juge saisi de la requête pour injonction interlocutoire en décide autrement.

[48] Dans l'arrêt *Haïda* cité précédemment, la Cour suprême a noté qu'à cause de leurs exigences, les procédures mentionnées plus haut peuvent ne pas donner satisfaction aux peuples autochtones dans le cas où il y a violation apparente de leur titre aborigène ou de leurs droits ancestraux. En conséquence, la Cour suprême a enseigné que, lorsqu'un gouvernement a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral et qu'il envisage de poser des actes qui sont de nature à avoir un effet préjudiciable à ce titre ou ce droit, ce gouvernement a l'obligation de consulter le peuple autochtone en cause et, si nécessaire, d'adopter des mesures d'accommodement.

[49] Il résulte que, dans ces circonstances, si un gouvernement ne consulte pas le peuple autochtone, celui-ci jouit d'un recours supplémentaire (appelons-le « La requête *Haïda* ») à ceux que sont l'injonction finale, l'injonction interlocutoire, l'injonction provisoire ou l'ordonnance de sauvegarde. En d'autres mots, sous réserve de ses procédures en injonction et indépendamment de celles-ci, le peuple autochtone qui prétend ne pas avoir été consulté ou ne pas jouir de mesures d'accommodement appropriées peut, par une requête *Haïda*, faire constater l'absence de consultation ou l'insuffisance des mesures d'accommodement et obtenir une réparation quelconque. Ainsi, dans un cas donné, avant même que le tribunal n'entende les parties sur la requête pour injonction finale ou sur la requête pour injonction interlocutoire, il peut décider que le peuple autochtone aurait dû être consulté, déterminer les mesures d'accommodement qui auraient dû être prises et ordonner des mesures réparatrices. Le jugement sur cette requête spéciale n'a rien à voir avec les jugements qui seraient éventuellement rendus sur la requête pour injonction interlocutoire ou la requête pour injonction finale. En effet, si, par le jugement final, il allait être déclaré que le peuple autochtone ne jouissait pas d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral, cela n'aurait aucun effet sur le jugement rendu sur la requête spéciale. Le jugement qui aurait accueilli la requête *Haïda* aurait été régulièrement prononcé sur l'apparence d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral et en application du devoir du gouvernement d'agir honorablement à l'endroit du peuple autochtone.

[50] Comme la requête *Haïda* est en réalité une procédure interlocutoire, en théorie rien ne s'oppose à ce que la partie requérante recherche une ordonnance de sauvegarde en attendant que le tribunal puisse entendre la requête. Mais, dans ce cas, encore faut-il que la situation soit d'une extrême urgence.

[51] Ce dernier critère, l'extrême urgence, ressortit au droit judiciaire : au Québec, il s'inscrit dans le prolongement de l'article 46 du *Code de procédure civile* et il découle de l'interprétation que les tribunaux ont donnée de cette disposition. Or, sous réserve de l'arrêt *Haïda*, rien dans la jurisprudence publiée ne permet de soutenir que, lorsqu'un litige porte sur la revendication d'un titre aborigène ou de droits ancestraux, ce litige obéit à des règles de procédure différentes de celles consacrées par le droit commun. Se prononçant sur cette question, l'auteure Mary Macaulay écrit (*Aboriginal and Treaty Rights Practice*, Thomson Carswell, p. 2-2) :

> What is the appropriate approach to pleadings in relation to claims for aboriginal and treaty rights givent their unique nature and their particular difficulty? Should courts take a less technical approach to the Rules of Court governing pleadings givent the unique nature of these cases (i.e., as they do with the rules of evidence [...])? The answer to this question is suggested by two cases decided by the Supreme Court of Canada. Specifically, in *Calder* v. *British Columbia* (Attorney General) [...] and *Delgamuukw* v. *British Columbia*, appeals brought by aboriginal groups were dismissed, *inter alia*, on grounds of defective pleadings. The disposition of these two appeals appears to suggest that courts will apply the Rules of Court governing pleadings in action involving the assertion of aboriginal and treaty rights in the same way as in any other civil case.
>
> (nous soulignons)

——0——

[52] Comme nous l'avons mentionné plus haut, le 27 octobre 2004, les intimés faisaient signifier à l'appelante et aux mis en cause une procédure qui se voulait une requête introductive d'instance visant la délivrance d'une injonction finale. La procédure comportait des conclusions principales et des conclusions subsidiaires.

[53] Les conclusions principales priaient le tribunal :

1) de déclarer que les intimés avaient des droits ancestraux, singulièrement un titre aborigène, en rapport avec l'aire;

2) de déclarer que l'Assemblée nationale du Québec n'avait pas compétence pour légiférer concernant ce territoire;

3) de déclarer que la *Loi sur les forêts* et le *Règlement sur les plans et rapports d'aménagement forestier* sont inopérants à l'égard du territoire;

4) de déclarer nuls le CAAF consenti à Kruger ainsi que tous autres permis délivrés en rapport avec le CAAF;

5) de défendre au ministre d'accorder des CAAFs relativement au territoire;

6) d'enjoindre à Kruger de mettre fin à ses travaux dans le territoire et de se retirer de ce territoire dans les 15 jours du jugement;

7) de déclarer que les gouvernements avaient fait défaut d'adopter les mesures transitoires prévues dans l'EPOG et de leur enjoindre en conséquence de les prendre.

[54] Soit dit en passant, la dernière conclusion nous paraît assez curieuse puisque les intimés exigent du gouvernement du Québec l'adoption de mesures transitoires en

attendant qu'un traité soit signé alors que leur procédure tient pour acquis qu'un tel traité ne sera pas signé.

[55] Dans les conclusions subsidiaires de leur procédure les intimés envisagent le cas où la *Loi sur les forêts* et le *Règlement sur les plans et rapports d'aménagement forestier* seraient opérants. Ceci étant, ils prient le tribunal :

1) de déclarer qu'ils avaient le droit d'être consultés avant que le gouvernement du Québec ne consente le CAAF à Kruger;

2) de déclarer que les intimés pouvaient s'opposer à l'octroi de ce CAAF;

3) de déclarer que les intimés n'ont pas été consultés et que leur consentement à l'octroi du CAAF n'a pas été obtenu;

4) de déclarer que le gouvernement du Canada a fait défaut de protéger les droits et intérêts des intimés sur et dans l'aire;

5) de déclarer que les gouvernements et Kruger ont failli à leurs obligations fiduciaires à leur égard;

Les conclusions subsidiaires comportent également les conclusions 4), 5), 6) et 7) des conclusions principales.

[56] L'arrêt *Haïda* cité plus haut a été déposé le 18 novembre 2004. En janvier 2005 les intimés font signifier à Kruger et aux mis en cause une requête pour obtenir une injonction interlocutoire et une ordonnance de sauvegarde. La procédure n'a pas été mise devant nous; nous n'avons que le texte amendé qui fut produit le mois suivant.

[57] Dans la partie de cette procédure qui vise une injonction interlocutoire les intimés ne prient pas le tribunal de déclarer que seul le Parlement du Canada avait compétence pour légiférer dans le domaine à l'égard de l'aire. Mais les intimés prient le tribunal de déclarer d'une façon interlocutoire qu'ils ont *prima facie* un titre aborigène dans l'aire ou des droits ancestraux rattachés à l'aire et que les mis en cause ont fait défaut de les consulter avant d'accorder le CAAF à Kruger et de le renouveler en septembre 2002 et mai 2004. D'autre part, les intimés prient toujours le tribunal de déclarer que les gouvernements avaient fait défaut de respecter leurs obligations aux termes des stipulations de l'EPOG concernant les mesures transitoires. Ils concluent que, par un jugement interlocutoire, le tribunal enjoigne à Kruger de cesser toutes formes d'exploitation forestière dans l'aire et de déguerpir dans les 15 jours du jugement à intervenir. Ils prient aussi le tribunal d'enjoindre au gouvernement du Québec de ne plus accorder à quiconque des permis pour l'exploitation de la forêt dans l'aire, ni même d'accorder des permis annuels à Kruger pour l'exploitation de scieries pour traiter le bois provenant de l'aire.

[58] Il nous semble que cette requête pour injonction interlocutoire consistait, en partie du moins, en une requête *Haïda* : indépendamment du sort qu'allait connaître la requête pour injonction finale, les intimés recherchaient d'une façon interlocutoire une sanction au fait qu'ils n'avaient pas été consultés avant l'octroi du CAAF à Kruger en 1997.

[59] Le 16 février 2005 le juge Cohen, avec l'accord des parties, décidait que la requête pour injonction interlocutoire serait entendue en même temps que la requête pour injonction finale. Cela nous paraît curieux puisqu'il est de l'essence d'une injonction interlocutoire de régler une situation qui existe entre la signification d'une requête pour injonction finale et le jugement final sur cette requête.

[60] Vu les circonstances, on pouvait penser que les intimés avaient renoncé à faire déclarer, par un jugement interlocutoire, que le gouvernement du Québec aurait dû les consulter en 1997 et qu'ils avaient par le fait même renoncé à obtenir une sanction à cet égard. Mais, le même jour, le juge Cohen ordonnait que la requête pour ordonnance de sauvegarde soit entendue le 17 mai 2005. Comme nous l'avons mentionné plus haut, en théorie rien ne s'opposait à ce que les intimés, dont la requête *Haïda* ne pouvait immédiatement être entendue, recherchent une ordonnance de sauvegarde pour immédiatement faire déclarer d'une façon provisoire que le gouvernement du Québec avait fait défaut de les consulter et pour obtenir une ou des mesures de redressement.

[61] La partie de la requête qui recherchait une ordonnance de sauvegarde comportait les conclusions suivantes :

1) déclarer que les intimés n'avaient pas été consultés avant l'octroi du CAAF en 1997 et lors des renouvellements de ce CAAF;

2) ordonner à Kruger de cesser immédiatement ses travaux dans l'aire et de ne pas les reprendre avant qu'un jugement ne soit rendu sur la requête pour injonction interlocutoire;

3) ordonner au gouvernement du Québec de suspendre la délivrance à Kruger d'un permis annuel d'intervention dans l'aire pour l'année 2005-2006.

[62] La situation était un peu inhabituelle parce qu'une ordonnance de sauvegarde est ordinairement prononcée dans le cas où il est extrêmement urgent qu'on obtienne la réparation, elle-même urgente, qui est demandée par une requête en injonction interlocutoire. Or, en l'espèce, la présentation de la requête en injonction interlocutoire avait, de consentement, été continuée pour être faite en même temps que la présentation de la requête en injonction finale.

[63] Comme la requête pour injonction interlocutoire n'allait être entendue qu'avec la requête pour injonction finale, que l'enquête nécessaire à ces deux requêtes allait prendre plusieurs mois et qu'en toute probabilité, le jugement sur la requête pour injonction interlocutoire allait être rendu en même temps que le jugement sur l'injonction finale, l'effet résultant de la continuation de la présentation de la requête pour injonction interlocutoire allait être la transformation de la requête pour ordonnance de sauvegarde en une requête pour injonction interlocutoire.

[64] Mais les intimés se défendent bien de concéder cela. Ils ne prétendent pas que leur requête pour ordonnance de sauvegarde était une requête *Haïda* que l'appelante aurait pu contester pleinement en apportant tous les éléments de preuve désirés et en invoquant tous les arguments qu'elle pouvait faire valoir contre cette requête *Haïda*. Dans l'exposé qu'ils nous ont fourni les intimés mentionnent bien que ce qui était devant la Cour supérieure n'était pas une requête *Haïda*, mais une requête pour ordonnance de sauvegarde en attendant que leur requête *Haïda* fasse l'objet d'un jugement. Ainsi ils plaident qu'ils pouvaient obtenir le redressement qu'ils recherchaient à partir seulement des allégations de leur requête, des déclarations écrites assermentées et de certains interrogatoires, sans nécessité que le tribunal permette à l'appelante d'apporter des éléments de preuve supplémentaires, de contre-interroger les affiants et de faire une véritable contestation aux conclusions recherchées par les intimés. Aussi les intimés plaident-ils dans les paragraphes 32 et 33 de leur Exposé :

> Or, au stade de la demande d'ordonnance de sauvegarde, la juge Grenier se devait d'examiner la preuve alors disponible pour décider de la demande des intimés.
>
> La qualification, par la juge de première instance, de cette preuve comme étant « complète » est en réalité non pertinente : si elle avait seulement déclaré que la preuve démontrait un droit clair, ou une apparence de droit, le résultat aurait été le même et l'ordonnance de cessation de la coupe forestière aurait été émise.

[65] Donc, nous répétons que la procédure qui a fait l'objet du jugement de la Cour supérieure n'était pas une requête *Haïda* mais une requête pour ordonnance de sauvegarde pour obtenir immédiatement ce qui était recherché par la requête *Haïda*. À lire le jugement de la Cour supérieure, nous croyons bien que c'est ce que la juge a également compris puisqu'elle s'est interrogée sur l'urgence de la situation et le poids respectif des inconvénients alors que, si nous comprenons bien l'arrêt *Haïda*, la requête *Haïda* est offerte justement pour permettre un redressement à un défaut de consultation sans qu'on ait à mettre dans la balance les questions du préjudice et du poids relatif des inconvénients.

[66] Il est cependant curieux de constater que, saisie d'une requête pour ordonnance de sauvegarde, la juge a en réalité expressément voulu déclarer par un jugement final et définitif que les intimés auraient dû être consultés et qu'ils ne l'avaient pas été. Même si elle mentionnait que son jugement n'allait avoir effet que jusqu'au jugement sur la

requête pour injonction interlocutoire, elle déclarait que la question précise concernant la nécessité de consultation et l'absence de consultation n'aurait plus à être décidée par le juge qui allait entendre la requête pour jugement interlocutoire, laquelle requête, comme on l'a vu plus haut, comportait des conclusions autres que les conclusions d'une requête *Haïda*. Donc, par une simple ordonnance de sauvegarde, en réalité, la juge accueillait la requête *Haïda*.

[67] Évidemment l'appelante propose que cette façon de faire lui a causé un véritable préjudice : la Cour supérieure a décidé que le juge qui rendrait jugement sur l'injonction interlocutoire devait tenir pour acquis que les intimés auraient dû être consultés et qu'ils ne l'avaient pas été. Ceci sans avoir donné l'occasion à l'appelante de pleinement contester la requête *Haïda*, mais à partir seulement des allégations de la requête pour ordonnance de sauvegarde et des déclarations écrites assermentées, singulièrement de trois telles déclarations produites l'avant-veille des débats, sans que l'appelante ait eu la possibilité pratique de contre-interroger les affiants de ces trois déclarations. Non seulement la Cour supérieure a-t-elle ainsi réglé le sort de la requête *Haïda*, mais, comme mesure de redressement, elle a infligé la sanction extrême, soit l'arrêt des travaux de Kruger dans l'Île René-Levasseur.

[68] Nous acceptons la proposition de l'appelante. La juge ne pouvait sous le couvert d'une ordonnance de sauvegarde accueillir en pratique la partie de la requête pour injonction interlocutoire qui constituait une requête *Haïda* et, ceci, sans permettre à l'appelante de contester au fond cette requête *Haïda*. Ce qui était devant elle n'était qu'une requête pour ordonnance de sauvegarde, une procédure qui n'est accueillie que dans des cas d'extrême urgence où un préjudice irréparable est imminent.

[69] Dans les circonstances, il ne nous appartient pas ni ne nous incombe d'étudier si les intimés auraient eu droit à leurs conclusions s'ils avaient présenté la requête *Haïda* et si l'appelante l'avait pleinement contestée. Nous nous limiterons donc, comme c'est d'ailleurs le vœu des intimés, à vérifier si le jugement de première instance pouvait être rendu dans le cadre d'une ordonnance de sauvegarde.

[70] En premier lieu, il est évident que la juge de la Cour supérieure ne pouvait déclarer, sans que le juge saisi de la requête pour injonction interlocutoire puisse décider autrement, que les intimés auraient dû être consultés et qu'ils ne l'avaient pas été.

[71] Il reste à décider si les intimés pouvaient obtenir que, jusqu'à ce qu'un juge entreprenne l'étude de la requête pour injonction interlocutoire, Kruger arrête ses travaux dans l'aire « comme le proposent les intimés dans leur pourvoi incident » ou, comme l'a décidé la juge, dans l'Île René-Levasseur.

[72] À lire la partie de la procédure des intimés, qui constitue une requête pour ordonnance de sauvegarde, on constate que nous ne sommes pas en présence d'une situation d'extrême urgence : la requête est présentée en mai 2005 alors que la

situation dont on se plaint date de 1997. Il nous semble qu'après avoir attendu aussi longtemps, les intimés auraient pu, au lieu de faire continuer la présentation de leur requête pour injonction interlocutoire au mois de décembre suivant, présenter cette requête dans un délai relativement court et permettre à l'appelante de présenter une défense pleine et entière.

[73] La requête des intimés concernant l'ordonnance de sauvegarde et les déclarations écrites assermentées qu'ils ont produites ne font pas voir non plus que, sans une ordonnance de sauvegarde, les intimés allaient, en attendant le jugement sur la requête *Haïda*, subir un préjudice non compensable et que le poids relatif des inconvénients commandait la délivrance de l'ordonnance de sauvegarde. Concernant le fait que le préjudice des intimés est compensable, il est de notoriété publique qu'en décembre 2005 les intimés ont intenté au gouvernement du Québec une action de quelques milliards de dollars en compensation des sommes perdues du fait de tous les CAAFs consentis par le gouvernement à diverses sociétés forestières dans le secteur. D'autre part, il paraît manifeste que l'ordonnance de sauvegarde n'était pas véritablement recherchée parce que Kruger empêchait les intimés de faire des activités qui leur sont propres. Voir à cet égard la pièce DT-35 qui rapporte que le 14 février 2005 le chef Picard a mentionné aux travailleurs de Kruger que les intimés voulaient faire un partenariat avec eux pour remplacer Kruger.

[74] Sur le sujet de la consultation, et toujours dans le cadre de la requête pour ordonnance de sauvegarde, nous nous limiterons à dire ceci.

[75] Même s'il existe une doctrine selon laquelle un tribunal ne crée pas du droit nouveau mais ne fait que le découvrir, il reste que le droit concernant les autochtones est un droit en pleine évolution. En 1995, lorsque Kruger a annoncé son projet et, en 1997, lorsque le CAAF fut consenti à Kruger, l'arrêt *Haïda* n'avait pas encore été déposé et ce ne sont pas tous les juristes qui connaissaient les tenants et aboutissants de l'obligation d'un gouvernement provincial de formellement consulter une communauté autochtone qui prétendait avoir un titre aborigène dans un territoire ou des droits ancestraux concernant ce territoire. Nous serions étonnés d'apprendre qu'à l'époque le gouvernement du Québec se rendait compte du fait qu'il avait l'obligation de consulter plus formellement qu'il l'a fait les Innus et que ceux-ci savaient qu'ils avaient le droit d'être consultés plus formellement qu'ils ne l'ont été. C'est dans ce contexte qu'il faut, en l'espèce, apprécier la conduite du gouvernement du Québec à l'endroit des intimés à partir de l'année 1997 et déterminer les conséquences du fait qu'il n'y aurait pas eu une consultation formelle.

[76] Il faut dire aussi qu'en 1997 les négociations entre les gouvernements et le Conseil tribal Mamuitun se poursuivaient et que, sous réserve de toutes les prétentions des parties, il n'était pas question que le gouvernement du Québec, à l'avantage de tous ses citoyens et des intimés eux-mêmes, cesse d'exploiter les richesses naturelles de son territoire, lesquelles constituent la base de son économie. Les Innus

escomptaient recevoir divers avantages et être indemnisés, mais, toujours à l'intérieur des négociations, ils n'envisageaient pas de pouvoir ou vouloir exercer un droit de veto sur l'exploitation de la forêt.

[77] Il importe d'ailleurs de rappeler que l'obligation qui incombe au gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements n'a pas pour effet de conférer aux peuples autochtones un droit de veto sur les utilisations possibles des terres en litige. Comme l'écrivait la juge en chef McLachlin dans les motifs unanimes de l'arrêt *Haïda*, à la page 535 :

> Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le "consentement" dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.

[78] À l'appui de leur allégation selon laquelle ils n'avaient pas été consultés avant l'octroi du CAAF à Kruger, les intimés n'ont pas au départ produit de déclarations écrites assermentées qui auraient décrit tout ce qui s'est passé entre l'année 1995 et aujourd'hui.

[79] En revanche, l'appelante a produit plusieurs déclarations écrites assermentées qui décrivent en détail toutes les communications qui ont eu lieu entre les parties depuis 1995. Kruger a également produit un tableau chronologique des événements et des communications entre les parties à partir du 29 septembre 1995 jusqu'au 10 juin 2003.

[80] Si on prend connaissance de ce tableau et si on lit les déclarations écrites assermentées auxquelles il renvoie, on constate que, sous réserve de leur prétention de base selon laquelle ils détiennent un titre aborigène et des droits ancestraux dans l'aire, les intimés, entre 1995 et 2004, n'ont jamais fait voir qu'ils étaient opposés à ce que Kruger investisse des sommes considérables et exploite le CAAF qui lui avait été consenti. On peut même penser que, toujours sous la même réserve, les intimés n'étaient pas mécontents du fait qu'un certain nombre d'entre eux allait trouver du travail chez Kruger.

[81] Il faut lire en particulier les déclarations écrites assermentées des affiants suivants : Jean-François Mérette, Denis Brière, Michel Lessard, Daniel Tardif et Langis Beaulieu et surtout les paragraphes 11 à 41 de la déclaration écrite assermentée de Denis Brière.

[82] Il vaut la peine de citer au long la lettre du chef René Simon du 16 avril 1997, avant que le CAAF ne soit consenti à Kruger :

Monsieur Denis Brière
Vice-président et directeur général
Kruger Inc.

[...]

Objet : Rencontre entre la compagnie Kruger et le Conseil de bande de Betsiamites en vue d'approfondir l'établissement d'un partenariat

Monsieur,

Le Conseil de bande de Betsiamites tient à vous remercier pour les différentes rencontres qui ont déjà eu lieu entre nous et pour la relation qui s'est établie depuis le 13 mars dernier lorsque la bande vous a exprimé son intérêt en vue d'un partenariat.

Désireux d'approfondir ses relations avec votre compagnie, le Conseil vous propose une rencontre afin d'amorcer des discussions préliminaires ayant pour objectif ultime l'élaboration d'un protocole d'entente.

Nous recherchons une entente souple et évolutive qui satisfera les orientations et les volontés respectives des parties. Ainsi, afin de jeter les bases d'une collaboration intéressante entre nous, nous vous proposons un ordre du jour en vue d'une rencontre qui pourrait être tenue vers la fin du mois d'avril ou au début de mai. Nous pourrons communiquer ensemble d'ici peu afin d'identifier une date et un lieu de rencontre.

En espérant une réponse positive de votre part, veuillez recevoir nos salutations distinguées.

Dans la paix et l'amitié,

[83] Voir également la conclusion d'un document daté du 26 septembre 1997 et intitulé *Commentaires du Conseil de bande de Betsiamites* :

> Il s'agit évidemment d'un projet de développement très important pour l'économie de la Côte-Nord. Ce projet se fait sur le territoire ancestral de Betsiamites; territoire pour lequel les Montagnais ont des droits ancestraux et qui fait actuellement l'objet de négociations avec les gouvernements fédéral et provincial. Un enjeu crucial des négociations en cours est l'implication des Montagnais dans les projets de développement du territoire et des ressources. Le partenariat et la participation au développement durable sous toutes ses formes est la clef pour permettre aux Montagnais de sortir de la dépendance économique et d'atteindre une certaine autonomie.

> Les premières rencontres entre le Conseil de bande et Kruger laissent entrevoir des perspectives d'emplois et de collaboration intéressantes. Cependant, il y a encore un énorme travail à faire. Les deux parties n'ont pas encore fait d'engagement formel quant à leur implication respective. Les Montagnais s'attendent beaucoup dans ce projet de développement et les retombées positives pour la bande sont pour l'instant marginales.

[84] Du tableau mentionné plus haut, on constate également qu'en tout temps Kruger a fait beaucoup d'efforts et dépensé temps, énergie et argent pour satisfaire les demandes que les intimés lui faisaient en rapport avec les travaux.

[85] Il faut dire aussi qu'avant que le CAAF ne soit consenti à Kruger, les intimés ont rencontré le ministre des Ressources naturelles du Québec pour discuter du projet de Kruger. Il ne s'agissait peut-être pas d'une consultation formelle, mais on ne peut pas dire que le projet fut commencé sans que les intimés aient eu l'occasion de faire valoir des exigences.

[86] D'autre part, chaque année les intimés étaient mis au courant des travaux qu'allait faire Kruger et, à cet égard, ils pouvaient suggérer des modifications aux plans de Kruger. Voir à cet égard la déclaration écrite assermentée de Gérald Deschênes ainsi que toutes les lettres envoyées par le gouvernement aux intimés qui furent produites en liasse comme pièce GD-1. Voir aussi les paragraphes 247 à 294 de la défense du procureur général du Québec.

[87] Toujours aux fins de la requête pour ordonnance de sauvegarde et pour cette requête seulement, il nous semble que c'est par suite du fait que les intimés ont été déçus que le gouvernement du Québec n'adopte pas dans un délai raisonnable des mesures transitoires qu'à tort ou à raison ils estimaient prévues dans l'EPOG qu'ils ont soulevé le fait que, sept ans auparavant, en 1997, ils n'avaient pas été formellement consultés. Ce faisant, il nous semble que les intimés faisaient fi de toutes les consultations informelles faites avant et après l'octroi du CAAF à Kruger. Au lieu de tenter de faire valoir des droits en application des mesures transitoires de l'EPOG, les intimés, forts de l'arrêt *Haïda*, invoquent l'absence d'une consultation formelle et recherchent, non pas des accommodements, mais une réparation radicale qui est l'arrêt des travaux. Ce faisant, comme nous l'avons mentionné plus haut, les intimés prennent Kruger en otage et lui font subir ainsi qu'à de nombreux travailleurs un préjudice qui ne pourra être compensé.

[88] Nous venons de signaler que ce que l'ordonnance de sauvegarde recherchait n'était pas des accommodements mais l'arrêt des travaux. Comme si une absence de consultation devait nécessairement entraîner l'arrêt de travaux, malgré les investissements très importants qu'a nécessités le projet. On se serait normalement attendu à ce que, dans une requête pour ordonnance de sauvegarde, les intimés réclament une ou des mesures auxquelles ils prétendent avoir droit. Mais, comme nous l'avons noté plus haut, les intimés ne semblent pas vouloir l'adoption de mesures

transitoires. Ce qu'ils veulent, c'est l'arrêt des travaux de Kruger. Or il est acquis qu'en 1997 les intimés n'avaient pas encore prouvé l'existence d'un titre aborigène dans l'aire et qu'en conséquence, ils ne jouissaient pas d'un droit de veto contre le projet de Kruger. Il serait paradoxal qu'ils puissent aujourd'hui obtenir un tel droit de veto par une ordonnance de sauvegarde. La revendication d'un titre aborigène, lorsqu'elle est traitée au fond, fait toujours appel à une preuve longue et complexe. Comme le rappelait tout récemment encore le professeur Ghislain Otis dans « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone ? » (2005), 46 Cahiers de Droit 795, p. 844 :

> ... si les décisions confirmant l'existence de droits ancestraux de prélèvement de ressources à des fins de subsistance sur les terres publiques sont relativement nombreuses, il n'existe à ce jour aucun jugement déclarant un groupe autochtone titulaire d'un titre aborigène sur une partie quelconque du territoire canadien.

On ne saurait supputer, sur la foi d'une preuve extrêmement fragmentaire et orientée comme celle qui est reçue dans le cadre d'une demande d'ordonnance de sauvegarde, que les intimés jouissent déjà, et ce, jusqu'au jugement final, du droit de veto caractéristique d'un titre aborigène.

[89] Après que l'appelante eut produit toutes les déclarations écrites assermentées mentionnées plus haut et les pièces mentionnées dans ces déclarations, les intimés, à l'avant-veille de la présentation de la requête pour ordonnance de sauvegarde, ont eux-mêmes produit trois déclarations écrites assermentées qu'ils auraient dû produire avant que l'appelante ne fût appelée à se défendre. Les avocats de Kruger se sont opposés à ce que la juge reçoive ces déclarations, d'autant qu'ils n'avaient pas eu l'occasion pratique de contre-interroger les affiants. Non seulement la juge a-t-elle accepté ces trois déclarations, mais elle s'est fondée sur elles pour arriver à la conclusion qui fut la sienne. Il faut remarquer que la déclaration de l'affiant Yvan Gagnon, qui prête des paroles au chef Simon, dont nous avons cité au long la lettre du 16 avril 1997, constitue du ouï-dire et que les intimés n'ont pas cru bon de produire une déclaration écrite assermentée du chef Simon lui-même. Dans les circonstances, toujours aux fins de la requête pour ordonnance de sauvegarde, les déclarations écrites assermentées produites par les intimés à l'avant-veille de la présentation de la requête pour ordonnance de sauvegarde ont peu de force probante si on les compare aux déclarations écrites assermentées produites par l'appelante. On peut quand même noter que l'affiant Jean-Marie Vollant corrobore Denis Brière selon lequel, avant l'octroi du CAAF en 1997, le Conseil des Innus de Betsiamites a rencontré Kruger pour discuter du projet.

[90] Il ne nous paraît pas faire de doute qu'au stade de la requête pour ordonnance de sauvegarde, la théorie du poids relatif des inconvénients n'appuie pas du tout la position des intimés. Si l'on suppose que par le jugement final sur la requête pour

injonction finale il sera déclaré que les intimés avaient le droit d'être consultés et qu'ils ne l'ont pas été, leur préjudice sera compensable par des dommages-intérêts. En revanche, si le jugement final déclarait qu'en réalité les intimés ont été consultés en 1997, et jusqu'à aujourd'hui, et si, d'ici à ce qu'un jugement final intervienne, Kruger devait cesser ses travaux dans l'Île René-Levasseur, le préjudice que subiraient Kruger et ses employés serait très important.

——0——

[91] Curieusement, la requête pour ordonnance de sauvegarde priait également le tribunal d'ordonner à l'appelante et aux mis en cause de fournir aux intimés certains documents, et la juge a accueilli cette conclusion.

[92] Nous ne trouvons pas de preuve au dossier qui indiquerait que, lorsque l'ordonnance a été prononcée, les intimés n'avaient pas reçu tous les documents qu'ils désiraient.

[93] À lire le courrier échangé à ce sujet, nous sommes même tentés de dire que le gouvernement du Québec et Kruger n'étaient pas en défaut à cet égard lors de la signification de la requête pour injonction interlocutoire et l'ordonnance de sauvegarde en janvier 2005, encore moins lors de la signification de la requête amendée en avril 2005.

[94] On ne saurait délivrer une injonction en l'absence d'un défaut d'agir de la part d'une personne à laquelle l'injonction s'adresse.

[95] Enfin, il n'est pas inutile de rappeler ce qu'écrivait le juge en chef Lamer dans l'affaire *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au paragraphe 207 :

> Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu.

[96] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer le jugement entrepris et de rejeter la requête pour ordonnance de sauvegarde, également avec dépens.

[97] Nous sommes aussi d'avis de rejeter, également sans frais, le pourvoi incident par lequel les intimés proposaient que l'ordonnance de sauvegarde aurait dû trouver application, non seulement à l'égard de l'Île René-Levasseur, mais à l'égard de toute l'aire.

J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.

MARC BEAUREGARD J.C.A.

YVES-MARIE MORISSETTE J.C.A.

Ouvrir dans une nouvelle fenêtre

Case Name:

Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)

Between
Ke-Kin-Is-Uqs, also known as Judith Sayers, Chief Councillor suing on her own behalf and on behalf of all members of the Hupacasath First Nation, the Hupacasath First Nation Council and the Hupacasath First Nation, petitioners, and
Minister of Forests of the Province of British Columbia, the Chief Forester and Brascan Corporation, respondents

[2005] B.C.J. No. 2653
2005 BCSC 1712
Vancouver Registry No. L043095

British Columbia Supreme Court
Vancouver, British Columbia
C.L. Smith J.

Heard: July 11 - 15, 2005.
Judgment: December 6, 2005.
(338 paras.)

Aboriginal law — Constitution Act, 1982, s. 35, recognition of existing aboriginal and treaty rights — Meaningful consultation — After the fact notification of decision possibly adverse to potential aboriginal rights did not qualify as consultation.

Application by First Nation for judicial review of a decision of the provincial Crown to permit removal of privately owned lands from a Tree Farm Licence based on an alleged breach of its constitutional duty to consult — The First Nation and Crown had been engaged in treaty negotiations for over 10 years, yet there was no evidence of any formal consultation or discussion between Minister or other agent of Crown and First Nation regarding Licence holder's initiative to have lands removed — All that was received by First Nation was post-decision notification of removal — After removal, lands were subject to reduced level of forestry management and lesser degree of environmental oversight — Access to lands by First Nation also less secure — First Nation's prima facie case for aboriginal rights in relation to removed lands existed, but not strong — HELD: Application allowed — Given treaty negotiations, prior consultations and publicly available information, the Crown was aware or should have been aware when it made removal decision of First Nation's claims and potential existence of aboriginal rights pertaining to removed lands — Crown sovereignty and power to decide about land during time when claims of aboriginal rights advanced but not yet proved triggered duty to consult — Crown ownership of removed lands not a necessary condition for existence of duty — Considering not only relative weakness of First Nation's claims but also seriousness of potentially adverse effects, Crown's duty to consult was at a low level — Such low level consultation required informed discussions in which First Nation had opportunity to put forward own views for consideration in good faith — After the fact public notice did not qualify as consultation — Court declined to quash or suspend removal decision but did order various heads of declaratory relief.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

British Columbia Treaty Process

Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11 s. 35, s. 35(1)

Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53

Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14

Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157 s. 8, s. 8(1), s. 8(1)(a), s. 8(1)(b), s. 39.1, s. 39.1(1), s. 39.1(2), s. 39.1(2)(a), s. 39.1(2)(b), s. 54.7

Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, c. 69

Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159 s. 2, s. 2(1), s. 3, s. 3(3)

Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187

Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250 s. 281

Ministry of Forests Act, R.S.B.C. 1996, c. 300 s. 6, s. 6(a)

Navigable Waters Protection Act, R.S.C. 1985, c. N-22

New Zealand Minister of Justice's Code for Consultation with Maori 1997 para. 46

Private Management Forest Land Act, S.B.C. 2003, c. 88

Settlement Act, 1884, chap. 14, S.B.C.

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29

Treaty No. 8

Trespass Act, R.S.B.C. 1979, c. 411

Water Act, R.S.B.C. 1996, c. 483

Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1

Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57

Counsel:

Counsel for Petitioners: P.R. Grant
D. Schultze

Counsel for Respondents Minister of Forests and The Chief Forester: G.R. Thompson

Counsel for the Respondent Brascan Corporation: D.R. Clark, Q.C.

C.L. SMITH J.:—

I. INTRODUCTION

¶ 1 The Hupacasath First Nation ("HFN") seeks judicial review of decisions by the British Columbia Minister of Forests and the Chief Forester.

¶ 2 The individual petitioner, Ke-Kin-Is-Uqs (also known as Judith Sayers), is a member and elected Chief of the petitioner HFN. The Hupacasath people were formerly known as the Opetchesaht, and are an aboriginal people of Canada within the meaning of s. 35 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K), 1982, c. 11.

¶ 3 The respondent Brascan Corporation ("Brascan") controls the lands and is the licensee under the Tree Farm Licence ("TFL") relevant to these proceedings. Brascan has recently changed its name to Brookfield Asset Management Inc., but for convenience I will continue to refer to it as Brascan.

¶ 4 The petitioners seek judicial review of two decisions: (1) the July 9, 2004 decision of the Minister of Forests consenting to the removal of certain privately owned land (the "Removed Lands") from Tree Farm Licence 44 ("TFL 44"); (2) the August 26, 2004 decision of the Chief Forester determining a new allowable annual cut for TFL 44, effective July 9, 2004.

¶ 5 The petitioners seek relief based on an alleged breach of the constitutional duty of the Provincial Crown to consult with them regarding the Crown's decisions to permit removal of the land from TFL 44 and to amend the allowable annual cut for TFL 44. Alternatively, they seek relief based on an alleged failure of the relevant provincial authorities to comply with the governing statutes and regulations. They seek orders quashing or suspending the two decisions, and referring the matter for reconsideration after there has been consultation and compliance with the statutes.

¶ 6 The respondents oppose the petition on a number of grounds, one of the most significant being that the Removed Lands are privately owned. Their position is that there was no duty on the Crown to consult; if there was any duty, it was met; and if there was any failure in a duty to consult, the relief sought by the petitioners should not be granted in all of the circumstances. Their position is further that the decisions were made in compliance with applicable laws.

¶ 7 The origin of the constitutional duty of the Crown to aboriginal peoples is in s. 35 of the Constitution Act, 1982, which states:

> 35 (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

¶ 8 The statutory provision governing the removal of land from a TFL is s. 39.1 of the Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157, brought into force May 13, 2004:

> 39.1 (1) The minister may change the boundary or area of a tree farm licence with the consent of its holder.
>
> (2) The discretion of the minister under subsection (1) includes the discretion to change the boundary or area of the tree farm licence with the consent of its holder by
>
> (a) adding private land of the holder of the tree farm licence to the area of the licence, or
>
> (b) removing private land from the area of the licence.

The Ministry of Forests Act, R.S.B.C. 1996, c. 300, provides authority for the Minister to enter into agreements:

> 6 The minister may
>
> (a) enter into an agreement or arrangement with any person or province or with Canada relating to a matter included in the minister's duties, powers and functions, and ...

The Forest Act provides for the determination of the allowable annual cut in s. 8, which states in part:

> 8 (1) The chief forester must determine an allowable annual cut at least once every 5 years after the date of the last determination, for

(a) the Crown land in each timber supply area, excluding tree farm licence areas, community forest agreement areas and woodlot licence areas, and

(b) each tree farm licence area.

¶ 9 Evidence was tendered in the form of affidavits (in a Chambers Record of some 21 volumes). The evidence went in almost entirely without objection, but where objection was taken to evidence or submissions were made as to its weight, I have disregarded the evidence or have taken those submissions into account in weighing it.

II. FACTS

¶ 10 The Hupacasath live near Port Alberni, on Vancouver Island. They assert aboriginal rights and title with respect to some 232,000 hectares of land in central Vancouver Island. They claim that most of the privately owned Removed Lands are within their traditional territory. The territory which they claim is described in the affidavit of Chief Sayers as encompassing:

> ... the headwaters of the Ash and Elsie River systems in the northwest, east to the height of land on the Beaufort Range and then southeast to Mount Arrowsmith to Labour Day Lake and the Cameron River system; the southeast boundary includes the China Creek, Franklin River, Corrigan Creek Areas and the north part of the Coleman Creek Area; the southern boundary follows Alberni Inlet to Handy Creek then northwest to follow the height of land between Henderson Lake and Nahmint Lake; the west boundary includes the headwaters of the Sproat Lake and Great Central Lake Areas; and including the river beds and lake beds of all bodies of water.

¶ 11 The HFN occupied their claimed traditional territory at the time of first contact with Europeans, according to the evidence they tendered. They have never surrendered their aboriginal rights and title by treaty.

¶ 12 Hupacasath elders deposed that the Hupacasath have names, which pre-date contact, for places found throughout their traditional territory. They have traditionally used the claimed traditional territory for hunting wildlife (including deer and marmot), gathering food and medicinal plants, fishing for trout and salmon (a mainstay of their diet) and harvesting red and yellow cedar for numerous uses, including the building of houses and canoes. The Hupacasath traditionally visited sacred sites throughout their traditional territory for spiritual purposes, and continue to do so. The petitioners' evidence is that their sacred sites are secret, specific to families, and must be secluded from, and untouched by, other human beings. One particularly important sacred site is Grassy Mountain, which is in the Removed Lands and has never been logged.

¶ 13 The petitioners' evidence as to their traditional use of the land was not contradicted, although the Crown tendered some evidence regarding overlapping claims to some of the same territory.

¶ 14 Chief Judith Sayers deposed that the Hupacasath have never been conquered. That assertion is questioned by the Crown. Counsel for the Crown referred to some historical sources stating that another First Nation, the Tseshaht, may have been the dominant group in a portion of the land in the upper Alberni Inlet and the lower Somass River at the time the Crown asserted sovereignty in 1846. The Crown also pointed to some evidence that the Ucluelet took another area (called Nahmint) from the Hupacasath. I make no finding on this point, because the scant evidence before me does not permit it, but note that the evidence referred to by the Crown, if accepted, would not on its own ground a conclusion that the Hupacasath had been conquered.

¶ 15 About 50% of the HFN claimed traditional territory is not subject to any competing claim.

¶ 16 With respect to the other 50%, the Tseshaht, Cape Mudge, Comox, Qualicum, Snuneymuxw, Te'mexw, Uchucklesaht and Ucluelet First Nations have advanced claims and indicated consultative boundaries that overlap with some portions of the HFN claimed territory.

¶ 17 The Tseshaht have two Indian Reserves in the middle of the HFN asserted traditional territory. The largest of the Tseshaht Reserves is between two smaller HFN Reserves near the city of Port Alberni.

¶ 18 In 1980 the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council, of which the HFN was a member, filed a comprehensive land claim with the federal government.

¶ 19 In 1993, the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council provided to the Provincial Crown a Statement of Intent, which included the claims of the HFN, as part of the British Columbia Treaty Process. This led to a Framework Agreement signed with the provincial and federal Crown on March 27, 1996, marking entry into Stage Four of the treaty process.

¶ 20 The HFN provided its own land selection to the Provincial Crown on September 23, 1998. The land selection covered lands in TFL 44, including the Removed Lands, which were then owned by Weyerhaeuser Company Limited ("Weyerhaeuser").

¶ 21 On February 22, 2000, the HFN filed a Statement of Intent to engage in direct treaty negotiations with Canada and British Columbia, following HFN withdrawal from negotiations as part of the Nuu-Chah-Nulth Tribal Council, and confirmed its agreement to resolve overlapping claims. On February 21, 2001, the Crown agreed to resume treaty negotiations directly with the HFN. Those Treaty negotiations are currently at Stage Four.

¶ 22 The Removed Lands are located in the centre of Vancouver Island. The area of the Removed Lands is about 70,000 hectares and is largely within the HFN claimed traditional territory. The Removed Lands roughly form a rectangle that runs along the northwest/southeast plane of Vancouver Island, but exclude an area around Port Alberni that stretches northeast. Their western border cuts through the eastern tip of Great Central Lake and Sterling Arm in Sprout Lake, and their eastern border stops short of Home and Cameron Lakes. Smaller pockets of the Removed Lands are located within the borders of TFL 44, primarily around Great Central Lake and Sprout Lake, Alberni Inlet, Bamfield and Ucluelet.

¶ 23 The Removed Lands have been privately owned since 1887 when the Dominion of Canada transferred a tract of land (the "Railway Lands") to the Esquimalt and Nanaimo Railway Company. The Dominion had received the lands from the British Columbia Government in 1884 under the Settlement Act, 1884, chap. 14 S.B.C. (An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock and Railway Lands of the Province)).

¶ 24 MacMillan Bloedel Limited owned the lands for a time, and Weyerhaeuser owned them until May, 2005.

¶ 25 Although the lands have been used for logging for over 100 years, some old growth areas remain untouched.

¶ 26 Making an estimate based on the maps provided in evidence, about 40% of the Removed Lands is not subject to any competing claim from other First Nations.

¶ 27 TFLs are created under the Forest Act, and permit logging by private entities on Crown land.

¶ 28 A TFL may also cover private land. This occurs when an owner of private land adjacent to a TFL on Crown land agrees to have the same TFL extend to cover the private land, in order to permit a unified managed logging operation. In the past, private landowners were given tax incentives, preferential harvesting rights, and other economic incentives to bring their land under a TFL.

¶ 29 Once private land has come under a TFL, the land or an interest in the land cannot be alienated to third parties without the prior written consent of the Minister of Forests (s. 54.7 of the Forest Act). The land cannot be used for other non-forestry purposes (s. 2(1) of the Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159 ("Forest Practices Code")). The permission of the Minister of Forests must be obtained to remove the land from the TFL (s. 39.1 of the Forest Act).

¶ 30 The Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250, s. 281, provides that the Minister of Forests may file a written notice in the Land Title Office showing that land for which indefeasible title is registered has become subject to a TFL. The evidence is silent as to whether the Minister had filed a written notice with respect to the TFL covering the Removed Lands.

¶ 31 Around 1945 the then owner of the Removed Lands held a TFL covering adjacent Crown land and agreed to have the Removed Lands brought under that TFL. Brascan produced evidence that the Removed Lands have been moved in and out of the TFL more than once.

¶ 32 Beginning in about 1995, the Provincial Crown engaged in consultation with the HFN and Weyerhaeuser regarding forestry activity within TFL 44.

¶ 33 John Laing, a Tenures Officer of the Ministry of Forests, deposed that there is "a long history of extensive

consultations and accommodations with the [HFN] in relation to forestry operations and activities on TFL 44". In the exhibits to Mr. Laing's affidavit, recording consultations with the HFN, there is no indication that those involved in the consultation made a distinction between the private lands and the Crown lands. It appears from the evidence as a whole that in general no distinction was made between the Crown lands and the Removed Lands regarding the fact or degree of consultation.

¶ 34 In 1997, the HFN established a liaison position within the Band to review and respond to forest consultation requests. In 1998, a Joint Forest Council was formed between the Crown and the HFN.

¶ 35 Chief Judith Sayers deposed that the consultation processes dealt with the following concerns: protecting and enhancing fish habitat and rebuilding salmon runs, protecting and enhancing water quality, protecting sacred sites, protecting and managing red and yellow cedar and maintaining old growth trees, protecting culturally modified trees, protecting and enhancing bird and wildlife habitat, protecting uncommon tree and plant species such as Yew which are used for cultural and medicinal purposes, and providing access to the territory for HFN members to exercise spiritual practices and aboriginal hunting and fishing rights. She swore that between 1998 and June 2004, the HFN and Weyerhaeuser met almost monthly to consult on forestry-related issues and by 2001 had developed an efficient process for considering and integrating aboriginal interests into the operational-level planning of forestry operations, with the result that Ministry intervention was rarely required.

¶ 36 On August 6, 1999, following public consultations, the MacMillan Bloedel Parks Settlement Agreement, written by David Perry (the "Perry Report") was submitted to government regarding the contemplated removal of private lands from TFL 44 and TFL 39. The report concluded that such a transfer might impinge on aboriginal rights because any removed lands would be subject to the much less restrictive private forest regulations.

¶ 37 On November 30, 2000, Weyerhaeuser entered into a Memorandum of Understanding with the HFN, which included a consultation protocol regarding the Ash River lands, which at that time were being transferred from the Crown to Weyerhaeuser. They form part of the Removed Lands.

¶ 38 In 2001, Weyerhaeuser published a document (Coastal Competitive Reform: A Proposal for Market-based Stumpage and Tenure Diversification for Coastal B.C., October 2001) in which it referred to the economic benefits of removing private lands from Tree Farm Licences. The document states:

> 4.2.2 Removal of Private Lands from TFLs
>
> A few coastal companies have private land within their Tree Farm Licences (TFLs). Private land within TFLs is managed to the Forest Practices Code. Private land outside TFLs is managed to the lower cost and results-based private forest land regulations. Private land inside the TFLs is subject to an AAC approval from the Chief Forester of the Ministry of Forests. Private land outside TFLs is subject to an economic harvest regime. Private land inside the TFLs is subject to provincial log export restrictions with the logs financially restricted for being exported. The value of removing private lands from the TFLs is attributed to those three areas: 1) regulatory cost reduction; 2) harvest rate benefit; and 3) log export benefit.

¶ 39 On October 1, 2003, the HFN announced that it had completed the first phase of a Land Use Plan for its claimed traditional territory.

¶ 40 Weyerhaeuser wrote to the Minister of Forests on December 5, 2003, requesting removal of private land from both TFL 39 and TFL 44.

¶ 41 Counsel for the petitioners advised the court that the petitioners filed a writ (Van. Reg. No. SO36690) claiming aboriginal title to their traditional territory on December 10, 2003, in order to avoid a possible limitations defence.

¶ 42 The West Island Woodlands Community Advisory Group ("WIWAG") was formed around 1998. It was sponsored by Weyerhaeuser in compliance with one of the requirements for certification by the Canadian Standards Association ("CSA"). It is composed of representatives from various sectors, including regional and city governments, small businesses, Parks Canada, woodlot owners, sawmill owners, logging contractors, First Nations (Hupacasath and Tseshaht), environmental organizations, Ministry of Forests and contractors.

¶ 43 The CSA Standard 5.2 (in Sustainable Forest Management: Requirements and Guidance) states:

5.2 Interested Parties

The organization shall

a) openly seek representation from a broad range of interested parties, including DFA-related workers, and invite them to participate in developing the public participation process;

b) provide interested parties with relevant background information;

c) demonstrate through documentation that efforts were made to contact Aboriginal forest users and communities affected by or interested in forest management in the DFA;

d) demonstrate through documentation that efforts were made to encourage Aboriginal forest users and communities to become involved in identifying and addressing SFM values;

e) recognize Aboriginal and treaty rights and agree that Aboriginal participation in the public participation process will not prejudice those rights;

f) establish and maintain a list of interested parties, including those that chose to participate, those that decided not to participate, and those that were unable to participate. The list shall contain names and contact information, as well as any links to the organization.

¶ 44 The WIWAG minutes show that on September 19, 2002, Tom Holmes of Weyerhaeuser made a presentation to WIWAG in which he advised WIWAG that Weyerhaeuser was "trying to change the status of Private Lands inside of the TFL".

¶ 45 The minutes of the January 8, 2004 meeting of WIWAG state that "[t]he rumor mill has indicated that Private Lands currently in TFL #44 will be taken out of the Tree Farm Licence by March", that the group asked Steve Chambers of Weyerhaeuser for more information, and that he inquired and reported that Weyerhaeuser was not aware of this development.

¶ 46 On February 12, 2004, Stan Coleman, the Unit Manager (West Island Timberlands) for Weyerhaeuser, advised a WIWAG meeting that Weyerhaeuser was "actively seeking to remove its private lands from TFL 44" and addressed "the likely management practices that would apply on those lands after their removal". There was further discussion about the "fate of the private lands in the TFL" at the WIWAG meeting of May 13, 2004.

¶ 47 The minutes of the meetings show that Tawney Lem attended as the HFN representative at all of these meetings and that, with the exception of the September 19, 2002 meeting, there was apparently no representative of the Provincial Crown present.

¶ 48 Chief Sayers deposed, and her evidence was not contradicted in this respect, that no representative of the Minister or Chief Forester ever contacted her or any other HFN representative to propose consultation regarding the removal of the lands from the TFL.

¶ 49 On June 11, 2004, Chief Sayers, at a meeting with Weyerhaeuser discussing the Removed Lands, proposed certain conditions before Weyerhaeuser could "get the land out".

¶ 50 Tawney Lem and Judith Sayers both deposed that they believed that Weyerhaeuser and the government were having discussions, but did not know that Weyerhaeuser had made formal application for permission to remove the lands.

¶ 51 The evidence thus shows that the HFN (through WIWAG meetings with Weyerhaeuser) became aware of Weyerhaeuser's desire to remove the lands from the TFL as early as 2002, and learned of the company's pursuit of the issue with government in early 2004. The evidence does not show, however, any formal consultation or indeed any discussion between the Minister or other agent of the Crown and the HFN regarding Weyerhaeuser's initiative.

¶ 52 The Minister of Forests made the removal decision on July 9, 2004, pursuant to the newly-enacted s. 39.1 of the Forest Act. In his letter advising of the decision, the then Minister, the Honourable Michael DeJong, set out a number of

terms and conditions. These were:

Future Forest Management

Subject to applicable law and Weyerhaeuser's operation, risk management and other needs, the current status of "managed forest" on the private property will continue and be subject to all applicable legislation and regulations within the Private Managed Forest Land Act that governs planning, soil conservation, harvesting rate and reforestation. Variable retention and stewardship zoning on old growth areas will be maintained indefinitely. Federally, the Department of Fisheries and Oceans and the Species at Risk Act will govern fish habitat and wildlife issues.

Water Quality

Private Forest Watershed Assessment Plan (PFWAP) for key community watersheds will be developed in collaboration with the Ministry of Sustainable Resource Management, Department of Fisheries and Oceans, local stream keepers and municipal governments. Weyerhaeuser will commit to periodic follow-up meetings with impacted stakeholders to verify the commitments have been kept. Weyerhaeuser commits to initiating a PLWAP on the China Creek Watershed within 1-year of closing and other communities with high fisheries value watersheds, within private lands, will be prioritized for PLWAP within 1-year of closing.

Critical Wildlife Habitat

Weyerhaeuser will maintain all current critical wildlife habitat areas within the subject private lands for 2 years while a long-term plan for protecting Ungulate Winter Ranges and Wildlife Habitat Area #1-002 is developed with the Ministry of Water, Land and Air Protection.

Certification

Weyerhaeuser will maintain ISO and/or CSA certifications and continue to subject the private lands to the public advisory as per CSA standards.

Access (Road Systems)

Weyerhaeuser will maintain current access for the public, industrial road user and aboriginal groups.

Log Exports

Weyerhaeuser will maintain its commitment to a voluntary moratorium of log exports from the private lands authorized by this letter for removal from the TFL until February 1, 2006.

Research Installations

Within 60 days of the date of this letter, Weyerhaeuser will enter into a Memorandum of Understanding that reconfirms the relationship between the Ministry of Forests and Weyerhaeuser regarding ministry research installations located on the private lands.

First Nations Consultation

Based on the commitment by Weyerhaeuser with respect to the managed forest designation, land-use does not change significantly. If Weyerhaeuser's use of its private land will interfere with an exercise of an aboriginal right, Weyerhaeuser will endeavour to provide notice and the period of time the areas would be affected.

Powell River Canoe Route

Identifying the canoe route as a high value recreation feature for the Powell River community, subject to applicable law and Weyerhaeuser's operational and risk management needs, Weyerhaeuser in consultation with CSA Community Advisory Group commits to maintaining its protection. This commitment to maintain this important recreational feature will be maintained for the duration of the Forest Stewardship Plan.

Allowable Annual Cut (AAC) Determination

Due to the significance of the private land deletion and its impact on the AAC determination for TFLs 39 and 44, I expect the chief forester will make a new AAC determination reflecting the reduction in size of

the TFLs effective the date the private lands are removed.

¶ 53 The HFN received notice of the removal decision on July 13, 2004, and on July 19, 2004, gave notice to the Minister of Forests that it considered that the removal decision infringed its aboriginal rights and title. The HFN informed the Minister that accommodation of HFN rights could be achieved by respecting the HFN Land Use Plan and on August 12, 2004, Chief Sayers outlined a list of conditions that Weyerhaeuser would have to satisfy in order to gain HFN acceptance of the removal decision.

¶ 54 Weyerhaeuser informed the HFN on August 20, 2004, that Weyerhaeuser no longer had an obligation to consult with them with respect to activities on the Removed Lands.

¶ 55 On August 26, 2004, the Deputy Chief Forester amended the allowable annual cut for TFL 44, retroactive to July 9, 2004. In his Rationale for AAC Adjustment Resulting from the Deletion of Private Lands (the "Amendment Rationale"), the Deputy Chief Forester stated:

> I am satisfied that the assessment provided by Weyerhaeuser is a reasonable portrayal of the impact of reducing the THLB assumed in the 2003 AAC determination. Based on the assessment, my knowledge of the previous analysis, and on expert advice from Ministry staff, I hereby determine that the AAC for TFL 44 is 1 327 000 cubic metres, effective July 9, 2004
>
> Within the AAC, I also conclude that harvesting in the Clayoquot Working Circle should not exceed 29 hectares per year.

¶ 56 The evidence shows that the amendment was based on a Weyerhaeuser assessment and was simply mathematical; the allowable annual cut was reduced by the proportion that the Removed Lands bore to the total TFL area. Kenneth Baker, the Deputy Chief Forester at the time, deposed that the information and factors on which the original determination had been based 13 months earlier had not changed, that he had considered "concerns regarding identified wildlife, wildlife habitat and retention of old growth forests", and that he decided on that basis that a proportional reduction was appropriate.

¶ 57 The province confirmed in September, 2004, that it was ready to resume Stage Four treaty negotiations with the Hupacasath directly.

¶ 58 Weyerhaeuser advised the HFN of the allowable annual cut amendment on September 14, 2004.

¶ 59 In October 2004, Brascan began to negotiate with Weyerhaeuser for the purchase of all of Weyerhaeuser's coastal forestry assets and operations. Brascan has produced evidence, which was uncontradicted, that the removal of the privately owned lands from TFL 44 was a critical consideration in its decision to proceed with the transaction. Its business plan was based on the premise that it would be able to conduct two different logging operations, through two different entities, under different management regimes for the Crown land than for the private land. Unlike lands in the TFL system, private timberlands can be "harvested to market", thus allowing private owners to harvest the species commanding the best prices in the market. A further benefit for private owners is that they are not subject to TFL restrictions on the export of logs that are surplus to the demands of domestic mills.

¶ 60 The Tseshaht First Nation entered into a Forest and Range Agreement with the Minister of Forests on October 15, 2004, providing the Tseshaht with access to two non-replaceable licences to harvest timber on TFL 44, in areas forming part of the asserted traditional territory of both the Hupacasath and the Tseshaht.

¶ 61 On November 16, 2004, the District Manager of the South Island Forest District sent the HFN the Amendment Rationale for the allowable annual cut amendment.

¶ 62 The Supreme Court of Canada handed down its decisions on November 18, 2004, in Haida First Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73 and Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director), [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74. The Court held that although there is a duty on the Crown to consult with and accommodate the interests of aboriginal peoples, there is no obligation on third parties (such as Weyerhaeuser) to consult and accommodate, overturning the British Columbia Court of Appeal on that point.

¶ 63 Brascan made a proposal to Weyerhaeuser on December 6, 2004, regarding the purchase of Weyerhaeuser's coastal

timber assets, including the Removed Lands. Weyerhaeuser accepted that proposal on December 14, 2004. The parties entered into an exclusivity agreement, which thereafter precluded Brascan from making inquiries of the Crown or of the HFN regarding the legal validity of the removal decision.

¶ 64 This petition was filed on December 15, 2004, and Brascan learned of it on December 16, 2004.

¶ 65 Weyerhaeuser and Brascan publicly announced the agreement for purchase and sale on February 17, 2005, and government approvals were obtained.

¶ 66 The petitioners applied for an order enjoining the completion of the sale pending consultation and accommodation. Madam Justice Ross refused that application on March 11, 2005 (Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2005] 2 C.N.L.R. 138, 2005 BCSC 345), finding that although there was a triable issue and the potential for irreparable harm, the balance of convenience did not favour granting interim relief.

¶ 67 On April 27, 2005, Weyerhaeuser was joined as a party to the petition by consent and an amended petition was filed.

¶ 68 The sale to Brascan for the total purchase price of $1.4 billion closed on May 30, 2005. The purchase included 258,000 hectares of privately owned timberlands, the annual harvesting rights to 3.6 million cubic metres of Crown timberlands, five coastal sawmills and two remanufacturing facilities.

¶ 69 After receiving Weyerhaeuser's coastal assets, Brascan transferred the Removed Lands to Island Timberlands GP Ltd. to be held beneficially for Island Timberlands Limited Partnership ("Island Timberlands") and it transferred its interest in TFL 44 and the Crown land based operations to Cascadia Forest Products Ltd. ("Cascadia"). Island Timberlands is a limited partnership in which Brascan holds the majority interest and Cascadia is a wholly owned subsidiary of Brascan. (I was advised by counsel for Brascan on November 28, 2005 that Brascan has agreed to sell Cascadia to Western Forest Products Inc., a public company in which Brascan has an indirect non-controlling interest, subject to government approvals.)

¶ 70 For convenience, however, I will refer to Brascan as both the owner of the Removed Lands and the holder of TFL 44.

¶ 71 Brascan considers that Island Timberlands will be significantly more profitable than Cascadia because Island Timberlands will be able to operate outside the more restrictive conditions of the TFL.

¶ 72 On May 30, 2005, Mr. Justice Goepel granted interim relief requiring Brascan to provide the petitioners with seven days notice of any intention to use the Removed Lands in a manner that will interfere with the exercise of an aboriginal right by the petitioners. At the conclusion of the hearing of this petition, I continued that order pending judgment.

III. ISSUES

¶ 73 I will address the issues in the following sequence:

A. Duty to Consult

(1) The Foundational Principles

(2) The Legal Test

(3) Knowledge of the Crown

(4) Contemplated conduct affecting aboriginal rights

a. Could the HFN have aboriginal rights or title with respect to the Removed Lands?

b. Did the Crown contemplate conduct that might adversely affect HFN rights?

(5) The Crown's duty

a. What was the nature and scope of the Crown's duty?

b. Did the Crown fulfill its duty to consult and accommodate?

(6) Amendment to the allowable annual cut

(7) Remedy

B. Compliance with Provincial Statutory Requirements

C. Summary of Conclusions

IV. ANALYSIS

A. Duty to Consult

(1) The Foundational Principles

¶ 74 In R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507 at paras. 30-31, Lamer C.J.C., for the majority, described the nature and origin of the aboriginal rights protected under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982:

> 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 peoples 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. [emphasis in original]

¶ 75 In Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court of Canada addressed a claim for aboriginal title over land in British Columbia. The Court held that aboriginal title is sui generis and began to sketch an outline of some of its characteristics, which include: it is held communally; it is inalienable; and it cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown (paras. 113-15).

¶ 76 The Court held that aboriginal rights cannot be extinguished by provincial laws of general application. It stated that constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum. At one end of the spectrum are those aboriginal rights which relate to practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the rights but where the degree of use and occupation of the land is insufficient to support a claim of aboriginal title (para. 138). At the other end of the spectrum is aboriginal title itself. The Court stated that s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, whose purpose is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples in Canada with the assertion of Crown sovereignty, allows for the possibility that the Crown may infringe aboriginal title so long as such infringement is justified (para. 150). In the context of assessing whether an infringement is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples, the Crown has a duty to consult the aboriginal people in question (para. 168).

¶ 77 In R. v. Marshall; R. v. Bernard, [2005] 3 C.N.L.R. 214, 2005 SCC 43, the Supreme Court of Canada elaborated on what it had previously said about the nature of aboriginal title. The accused had argued that as Mi'kmaq Indians, they were not required to obtain provincial authorization to log because they have a right to log on Crown lands for commercial purposes pursuant to treaty or aboriginal title.

¶ 78 The Court held that aboriginal title is one of the aboriginal rights and that, in order to prove aboriginal title, the

claimant must establish aboriginal practices that indicate possession similar to that associated with title at common law. To establish title, claimants must prove "'exclusive' pre-sovereignty 'occupation'" of the land (referring to Delgamuukw at para. 143) (para. 55). The Court said (at paras. 56-57) that "occupation" means physical occupation and that "exclusive occupation" means "the intention and capacity to retain exclusive control". The latter is not negated by occasional acts of trespass or the presence of other aboriginal groups with consent. Shared exclusivity could result in joint title and non-exclusive occupation may establish aboriginal rights short of title.

¶ 79 The Chief Justice wrote at para. 38:

> Where title to lands formerly occupied by an aboriginal people has not been surrendered, a claim for aboriginal title to the land may be made under the common law. Aboriginal peoples used the land in many ways at the time of sovereignty. Some uses, like hunting and fishing, give rights to continue those practices in today's world: see R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; R. v. Nikal, [1996] 1 S.C.R. 1013. Aboriginal title, based on occupancy at the time of sovereignty, is one of these various aboriginal rights.

¶ 80 Aboriginal rights refer to specific independent rights, such as the right to hunt or fish and they are not derivative of aboriginal title. This point is highlighted at para. 53:

> Different aboriginal practices correspond to different modern rights. This Court has rejected the view of a dominant right to title to the land, from which other rights, like the right to hunt or fish, flow: R. v. Adams, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 26; R. v. Côté, [1996] 3 S.C.R. 139, at paras. 35-39. It is more accurate to speak of a variety of independent aboriginal rights.

¶ 81 A claim to aboriginal title must be subject to a stringent test, and evidence to establish a claim to aboriginal title must correspond to the core element of a fee simple, that is, it must show "exclusivity" (para. 40). At para. 77 the Court stated:

> ... [t]he common law right to title is commensurate with exclusionary rights of control. That is what it means and has always meant. If the ancient aboriginal practices do not indicate that type of control, then title is not the appropriate right. To confer title in the absence of evidence of sufficiently regular and exclusive pre-sovereignty occupation, would transform the ancient right into a new and different right. It would also obliterate the distinction that this Court has consistently made between lesser aboriginal rights like the right to fish and the highest aboriginal right, the right to title to the land: Adams, Côté.

¶ 82 The Court in Marshall left open the question of whether the granting of a fee simple by the Crown extinguishes aboriginal title.

¶ 83 The Court of Appeal for British Columbia in Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles) (2000), 80 B.C.L.R. (3d) 233, 2000 BCCA 525, concluded that the Registrar of Land Titles had acted correctly in refusing to register a certificate of pending litigation regarding the appellant First Nation's land claim on the basis that aboriginal title was not a registrable interest. Southin J.A. commented at para. 5:

> Sooner or later, the question of whether those who hold certificates of indefeasible title, whether to ranch lands on Kamloops Lake or to a small lot with a house on it on Railway Avenue in the Village of Ashcroft or an office tower on Georgia Street in the City of Vancouver, are subject to claims of aboriginal right must be decided. If it is proper in some aspects of Indian claims to weigh in the balance in favour of the claimant the honour of the Crown, as I thought was right in my dissenting judgment in Attorney General (British Columbia) v. Mount Currie Indian Band (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (B.C.C.A.), should the honour of the Crown not also be weighed when determining whether a Crown grant in fee simple, at least one made before 17th April, 1982, assures to a person who obtained, founded on the grant, whether through the absolute fee system explained hereafter or directly, a certificate of indefeasible title, and his successors in title, the title for which he paid free of aboriginal claims?

Referring to Delgamuukw, Southin J.A. stated at para. 32:

> It is for the Supreme Court of Canada to tell the courts of this Province what the implications of that judgment are for the holders of certificates of indefeasible title in a case where the issue directly arises, as it may do if the action brought by the appellants goes to trial.

¶ 84 In concurring reasons, MacKenzie J.A. referred to the dangers of a piecemeal approach in deciding these fundamentally important and complex issues, at para. 81-82:

> This submission highlights the complexity of the issues surrounding aboriginal rights in lands alienated by the Crown. Registration is only one aspect and not the most important. More central questions are those that have been in the forefront of the Australian litigation - infringement, reconciliation and remedies. The issues may be even more complex in Canada because of the divided jurisdiction over land, and constitutional uncertainties as to the line between federal and provincial powers and responsibilities.
>
> These broader issues are not before the court on this appeal but they underline the danger of a piecemeal approach when many implications may be hidden. I agree with Lamperson J. and Southin J.A. that this appeal from the Registrar is not the place to decide the larger questions.

¶ 85 All parties to this proceeding agreed that, as in Skeetchestn, it is unnecessary and would be inadvisable for this Court to reach a conclusion regarding the broader issues respecting aboriginal rights and title in lands alienated by the Crown.

¶ 86 I note that in these Reasons I generally use "aboriginal rights" as a generic term which, in most contexts, includes aboriginal title.

(2) The Legal Test

¶ 87 In Haida Nation and Taku River, the Supreme Court of Canada made clear that the Crown's duty to consult with and possibly accommodate the rights of aboriginal peoples exists prior to the final proof of aboriginal rights in court and prior to the signing of treaties.

¶ 88 In Haida Nation, the provincial Minister of Forests had made certain decisions regarding TFL 39, which covers Crown land in northern coastal British Columbia. The Court summarized the issue at para. 5-6:

> In January of 2000, the Haida people launched a lawsuit objecting to the three replacement decisions and the transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser and asking that they be set aside. They argued legal encumbrance, equitable encumbrance and breach of fiduciary duty, all grounded in their assertion of Aboriginal title.
>
> This brings us to the issue before this Court. The government holds legal title to the land. Exercising that legal title, it has granted Weyerhaeuser the right to harvest the forests in Block 6 of the land. But the Haida people also claim title to the land - title which they are in the process of trying to prove - and object to the harvesting of the forests on Block 6 as proposed in T.F.L. 39. In this situation, what duty if any does the government owe the Haida people? More concretely, is the government required to consult with them about decisions to harvest the forests and to accommodate their concerns about what if any forest in Block 6 should be harvested before they have proven their title to land and their Aboriginal rights? [emphasis in original]

¶ 89 The Supreme Court referred to the finding by the chambers judge that the Haida had a strong claim to aboriginal title to the land, called Haida Gwaii. The Court also referred to the Haida argument that without consultation and accommodation, they might win their aboriginal title claim in the end, but find themselves deprived of the forests vital to their economy and their culture (para. 7).

¶ 90 A summary of the Court's conclusion is found at para. 10 of the reasons for judgment of the Chief Justice:

> 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.

¶ 91 Chief Justice McLachlin held that, because the aboriginal interest is insufficiently specific, the duty to consult is not derived from the Crown acting as fiduciary (para. 18). Rather, the source of the duty is the honour of the Crown, which is always at stake in its dealings with aboriginal peoples (para. 16). This concept must be understood generously "in order to reflect the underlying realities from which it stems" (para. 17). The Court held:

> In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably. Nothing less is required if we are to achieve "the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown": Delgamuukw, supra, at para. 186, quoting Van der Peet, supra, at para. 31. (para. 17)

¶ 92 The duty relates not only to the Crown's conduct in decision making about lands but also to the Crown's conduct in the treaty making and interpretation process (para. 19). It includes issues relating to claims to resources. At para. 22 Chief Justice McLachlin wrote:

> The Court affirmed the duty to consult regarding resources to which Aboriginal peoples make claim a few years later in R. v. Nikal, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. wrote: "So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement" ....

¶ 93 The source of the duty was summarized at para. 25:

> Put simply, Canada's Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the Constitution Act, 1982. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

¶ 94 The duty arises not when aboriginal claims have been proved and resolved, but once claims affecting those interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. The Court stated:

> It must respect these potential, but yet unproven, interests. The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable. (para. 27)

¶ 95 The Court distinguished between what is sufficient to trigger the existence of the duty and what is to be considered in determining the scope or content of the duty. It held that:

> 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. (para. 37)

¶ 96 The Court held that the content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances and 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 (para. 39).

¶ 97 Thus, the Court said, there will be a spectrum (para. 43). Where, for example, the claim to title is weak, the aboriginal right limited, or the potential for infringement minor, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. At the other end of the spectrum are the cases where a strong prima facie case for the aboriginal rights claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the aboriginal people and the risk of non-compensable damage is high (para. 44). In such cases, "deep consultation", aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. In discussing what is "meaningful consultation" the Court referred (at para. 46) to the New Zealand Minister of Justice's Guide for Consultation with Maori 1997 and to its statement that:

> Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed ...

¶ 98 Emphasizing that the process does not give aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim, the Chief Justice said that what is required is "a process of balancing interests, of give and take" (para. 48).

¶ 99 After holding that third parties do not owe a duty to consult and accommodate, the Court rejected the argument that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government and held that the duty may also rest with provincial governments (paras. 52-59).

¶ 100 Discussing the possible role of third parties in a consultation process, and stating that the honour of the Crown cannot be delegated, the Chief Justice wrote at para. 53:

> It is suggested (per Lambert J.A.) that a third party's obligation to consult Aboriginal peoples may arise from the ability of the third party to rely on justification as a defence against infringement. However, the duty to consult and accommodate, as discussed above, flows from the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by the Aboriginal group. This theory provides no support for an obligation on third parties to consult or accommodate. The Crown alone remains legally responsible for the consequences of its actions and interactions with third parties, that affect Aboriginal interests. The Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments. Similarly, the terms of T.F.L. 39 mandated Weyerhaeuser to specify measures that it would take to identify and consult with "aboriginal people claiming an aboriginal interest in or to the area" (Tree Farm Licence No. 39, Haida Tree Farm Licence, para. 2.09(g)(ii)). However, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

¶ 101 As to procedure, the matter may come to court by way of judicial review (para. 60). The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a question of law reviewable on a correctness standard but it is typically premised on an assessment of the facts; thus, a degree of deference to the finding of fact of the initial adjudicator may be appropriate (para. 61). The examination of the process itself, the Court said, would likely be on a standard of reasonableness with the question being whether the regulatory scheme or government action "viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question" (para. 62).

¶ 102 Thus, in summary, the Court stated at para. 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.

¶ 103 On the facts before it, the Court found that the province had knowledge of the potential existence of aboriginal rights or title and contemplated conduct that might adversely affect them, that it had not consulted with the Haida at all, and that

> ... the province has a duty to consult and perhaps accommodate on T.F.L. decisions. The T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource. Decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title. (para. 76)

¶ 104 The order approved by the Supreme Court contained a declaration that the provincial Crown had legally enforceable duties to the Haida people to consult with them in good faith and to endeavour to seek workable accommodations between the aboriginal interest of the Haida people on the one hand and the Crown's objectives to manage the TFL in accordance with the public interest on the other hand.

¶ 105 I pause to comment that although the Haida Nation case shares a significant aspect of the case before me, in that it arises from a Ministerial decision regarding a TFL, there is also a notable difference: it concerned Crown land, not privately owned land. Counsel for the respondents emphasized that distinction and one other: that in Haida Nation a claim to aboriginal title was advanced. I will return to these points later.

¶ 106 In Taku River, a mining company sought permission from the provincial government to reopen an old mine in British Columbia and to build a road through a portion of the Taku River Tlinget First Nation's (TRTFN) claimed traditional territory.

¶ 107 The Supreme Court of Canada held that, on the principles discussed in Haida Nation, the Crown was under a duty to consult with the TRTFN regarding the decision to reopen the mine. It further held that the duty had been complied with on the facts of the case. The province had conducted an environmental review process in which the TRTFN had, for the most part, participated fully, putting their views before the decision-makers. Steps had been taken to address the TRTFN concerns. The Court held that it was not necessary for the province to set up a separate aboriginal consultation process.

¶ 108 In discussing the source of the duty on the Crown, the Court stated at para. 24:

> The Province's submissions present an impoverished vision of the honour of the Crown and all 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).

¶ 109 Very recently (one week ago), the Supreme Court of Canada delivered its decision in Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage), [2005] S.C.J. No. 71, 2005 SCC 69. I requested from the parties, and have received, their submissions as to its implications for the case before me.

¶ 110 The issue in Mikisew arose when the federal government approved the construction of a winter road through the Mikisew Reserve, over the protests of the Mikisew. The Mikisew are under Treaty 8, which permits the Crown to "take up" land from time to time for purposes such as settlement, mining, lumbering and trading. Their reserve is in Wood Buffalo National Park, on Crown land.

¶ 111 The Supreme Court held that the Crown had breached its duty of consultation. Binnie J. stated that, given that the

Crown was proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights were expressly subject to the "taking up" limitation, the Crown's duty lay at the lower end of the spectrum (para. 64). The Court quashed the Minister's approval order and remitted the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with the Court's Reasons.

¶ 112 Much of the discussion in the case relates to the Crown's duties in the context of defined and acknowledged treaty rights, and is not directly relevant to the case before me. However, the Court made some general statements about the duty of consultation which may have some bearing.

¶ 113 In the opening paragraph, Binnie J. wrote:

> The fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions. The management of these relationships takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding. The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people's concerns, and the lack of respect inherent in that indifference has been as destructive of the process of reconciliation as some of the larger and more explosive controversies. And so it is in this case.

¶ 114 Further, in para. 55, he commented:

> ... The duty to consult is, as stated in Haida Nation, triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the Crown's duty. ...

¶ 115 With respect to the content of the duty to consult, the Court stated at para. 64 that the duty had both informational and response components. Thus, the Court held that the Crown should have given notice to the Mikisew and engaged directly with them, rather than doing so as an afterthought to a general public consultation with Park users; it should have provided 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; and it should have solicited and listened carefully to the Mikisew concerns and attempted to minimize adverse impacts on their hunting, fishing and trapping rights.

¶ 116 I note, however, as counsel for the respondents pointed out, that the content of the duty to consult could differ outside the context of a treaty rights case.

¶ 117 In Musqueam v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management) (2005), 37 B.C.L.R. (4th) 309, 2005 BCCA 128, the Musqueam Indian Band sought an order quashing a decision by the provincial Crown to sell the University of British Columbia Golf Course (which was on Crown land) to the University of British Columbia. The Musqueam argued that the respondents had not consulted in good faith concerning a possible accommodation of any infringement of the appellant's asserted aboriginal interests in the Golf Course land. The Crown conceded, and the Court held, that the Band had shown a strong claim of aboriginal title to the lands. The Court concluded that the Crown had failed to consult meaningfully, and ordered that the authorization for the sale be suspended for two years to provide for proper consultation.

¶ 118 Hall J.A. commented that the decision in Haida Nation pertains to a range of asserted aboriginal rights, including title:

> Thus, provincial governments can justifiably infringe aboriginal title, but as the Supreme Court of Canada recently stated in Haida, if there is infringement or potential infringement of an aboriginal right - which of course includes aboriginal title - consultation is required with those affected with a view to reaching some accommodation pending final resolution of the validity of the rights claimed. (para. 87)

In summarizing his conclusions on why the Crown had failed in its duty here, Hall J.A. wrote (at paras. 94-96):

> In my view, the duty owed to the Musqueam by LWBC in this case tended to the more expansive end of the spectrum. The Crown conceded the Musqueam had a prima facie case for title over the Golf Course

> Land, and the report of the archaeological firm noted that the Musqueam had the strongest case of the bands in the area. Potential infringement is of significance to the Musqueam in light of their concerns about their land base. If the land is sold to a third party, there will likely be no opportunity for the Musqueam to prove their connection to this land again. The Musqueam were therefore entitled to a meaningful consultation process in order that avenues of accommodation could be explored.
>
> In light of my view of the consultation required in this situation, I consider that the consultation process was flawed. If this was only a case where notice was required, the consultation may have been sufficient. However, in the present case, I consider the consultation was left until a too advanced stage in the proposed sale transaction. As McLachlin C.J. observed in Haida, there is ultimately no obligation on parties to agree after due consultation but in my view a decent regard must be had for transparent and informed discussion. Of course, legitimate time constraints may exist in some cases where the luxury of stately progress towards a business decision does not exist, but such urgency was not readily apparent in the present case. These lands have been used as a public golf course for a long time, and the status quo is not about to change having regard to the extant lease arrangements. The Musqueam should have had the benefit of an earlier consultation process as opposed to a series of counter-offers following the decision by LWBC to proceed with the sale.
>
> I note that McLachlin C.J. suggested there should be some measure of deference when a court considers the adequacy of the government's efforts to consult with an aboriginal group, and that administrative law principles suggest a standard of reasonableness would be used by the court when the question is not a purely legal question. She also observed that what is required is not perfection, but reasonableness in any consultation process followed by the Crown. However, even providing an appropriate measure of deference, for the reasons set out above, the Province in my view did not adequately consult with the Musqueam regarding the sale of the Golf Course Land.

¶ 119 I will next briefly discuss what emerges from some of the recent trial-level decisions on the duty to consult.

¶ 120 Gitxsan First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) (2002), 10 B.C.L.R. (4th) 126, 2002 BCSC 1701 (Gitxsan First Nation #1) was decided prior to the Supreme Court of Canada decision in Haida Nation. The claimant First Nations sought to set aside the respondent Minister of Forest's consent to a change in corporate control of Skeena Cellulose, which held a TFL and several forest licences over Crown land. The First Nations asserted rights and title to that land. Tysoe J. held that each of the petitioning First Nations had a good prima facie claim of aboriginal title and a strong prima facie claim of aboriginal rights with respect to at least part of the lands concerned. He noted at para. 72:

> The claims for aboriginal rights are stronger than the claims for aboriginal title because they do not require an element of exclusivity, but each claim qualifies for a classification as a good or strong prima facie claim.

¶ 121 Tysoe J. rejected the Crown's argument that a prima facie case could not be made out because there were overlapping claims to the lands, finding instead that in such a case, the court can "conclude that the competing groups have each established aboriginal rights in respect of the area" (at para. 74). He concluded that the government did have a duty to consult. In so doing, he rejected the Crown's argument that the change in ownership was "neutral" and did not require any consultation (para. 82). Tysoe J. did not quash the Minister's decision to consent to the change in control but directed that the Minister be given an opportunity to fulfill the duty.

¶ 122 The Gitanyow First Nation returned to court in 2004, arguing that the Minister had not provided adequate and meaningful consultation, and that the decision consenting to the change in control should be quashed. Following the Supreme Court of Canada decision in Haida Nation, Tysoe J. declared that the Crown had not yet fulfilled its duty to consult. Rather than granting the further relief requested by the Gitanyow, he ordered the parties to resume negotiations: see (2004), 38 B.C.L.R. (4th) 57, 2004 BCSC 1734 ("Gitxsan First Nation #2").

¶ 123 Powers J. in Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries) (2004), 39 B.C.L.R. (4th) 263, 2005 BCSC 283, considered an application for judicial review of an amendment to a licence for a salmon farm in Bute Inlet, allowing the introduction of Atlantic salmon to the farm. A company called Marine Harvest held the licence for the salmon farm; the Homalco claimed aboriginal title and rights in that area. The Homalco argued that the introduction of Atlantic salmon could bring potentially serious adverse consequences for the wild salmon stocks, and indeed that the mere presence of a fish farm carried risks. Powers J. noted at para. 16 that the petitioner "correctly argues that the duty arises when the Crown makes decisions that have a serious impact on asserted Aboriginal rights and title" and found at

para. 25 that:

> 1. There is a reasonable probability that the Homalco will be able to establish Aboriginal title to at least some parts of the Homalco Territory including portions of Bute Inlet in the vicinity of Church House ...
>
> 2. There is a substantial probability that the Homalco will be able to establish Aboriginal rights to harvest wild Pacific salmon and other marine resources of the Homalco territory.

¶ 124 The Court found that a duty to consult existed. In considerable measure the conclusion seemed to flow from the finding regarding the likelihood that the Homalco would be able to establish aboriginal rights to fish in the area they claimed. The application for judicial review was adjourned. Until the consultation process was complete, the company was not to add additional Atlantic salmon to the site.

¶ 125 At issue in Musqueam Indian Band v. Richmond (City) (2005), 12 M.P.L.R. (4th) 97, 2005 BCSC 1069 was the decision of the Lottery Corporation (a Provincial Crown corporation) to place a casino on Crown lands against which aboriginal title was asserted. The Court held that a duty to consult was triggered. Brown J. held that the Province was aware that the lands were the subject of a Musqueam claim, and that the placement of the casino might adversely affect the Musqueam's aboriginal title interests. The Court referred to the limited amount of Crown land available to meet the Musqueam First Nation's aboriginal title claims, and held that the Crown had a duty to consult and accommodate. Brown J. declined to set aside the decision to relocate the casino, taking into account the balance of convenience.

¶ 126 In Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) [2005] 3 C.N.L.R. 74, 2005 BCSC 697 (under appeal), the issue was the Crown's application of the Forest and Range Agreement program. The program involved the allocation of forest tenures to First Nations following the enactment of the Forest Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, which took back 20% of the allowable annual cut from major replaceable forest licences and TFLs throughout the province. The Huu-Ay-Aht objected to the province's use of a population-based formula for the allocation of forest tenures. One of the Crown's arguments was that its duty to consult and accommodate aboriginal interests is not triggered by the Crown's general management of forestry permits and approvals; rather, it is only triggered by specific decisions that have the potential to infringe on s. 35 rights.

¶ 127 Dillon J. said the following at para. 104:

> ... declaratory relief has been granted by this court in several cases involving First Nations disputes concerning the duty to consult. In regards to forestry decisions, declaratory relief stems from the initial decisions to issue timber licences. In this case, the FRA initiative is a creature of statute, the Forestry Revitalization Act and the Forest Act, which enable the province to make specific agreements with First Nations regarding forest tenure. The FRA is the vehicle that the Ministry chose to deliver those specific agreements. The concept of 'decision' should not be strictly applied when there is legislative enablement for a government initiative that directly affects the constitutional rights of First Nations. This approach has been approved by the Supreme Court of Canada in Haida when it spoke of review of governmental action affecting the duty to consult. The petitioners are entitled to seek the declaratory relief under the JRPA that the FRA policy does not meet the Crown's constitutional obligation to consult the HFN.

¶ 128 That the Crown held title to the land was taken as one factor among several in the Court's finding that the First Nation had a strong prima facie case (para. 120):

> The HFN and the Crown are near the end of treaty negotiations with an agreement in principle that acknowledges rights related to forest resources and title to certain lands without legally recognizing HFN's rights or title. There have been two previous accommodation agreements (the IMA and IMEA) that, for six years, had provided a process for continuing consultation that had been honoured by both parties. On this basis alone, the HFN have shown a strong prima facie claim to title and rights related to forestry resources such that consultation with respect to ongoing operations is warranted. In addition, the Crown holds title to the land in question with the HFN claim based upon occupation of the lands before Crown sovereignty. Although there are overlapping claims over part of the Hahoothlee, a part is exclusively claimed by the HFN. The issue of exclusive possession is challenging but not insurmountable (see Musqueam at paras. 87-88). It certainly does not mean that no consultation should occur. The level

> of potential infringement of rights to timber resources is severe given the harvest rate contemplated by third parties over the next five years.

¶ 129 The duty of consultation and accommodation was applied by the Superior Court of Quebec in Betsiamites First Nation v. Attorney General of Canada, [2005] J.Q. No. 8173. That case dealt with the duty to consult and accommodate regarding timber supply and forest management agreements granted to a private company planning logging operations in an area to which the Betsiamites First Nation ("BFN") asserted aboriginal rights and title. The Court concluded that the Crown, which had conceded that BFN had rights relating to food, ritual and social purposes on the territory, was also aware of the potential existence of aboriginal title, as past negotiations had revealed the nature, extent and complexity of land claims. The parties had reached an advanced stage in treaty negotiations, having achieved an Agreement in Principle.

¶ 130 Grenier J. held that the province of Quebec had violated its constitutional duty to consult the BFN, and ordered the defendant logging company to cease its operations until a judgment on the merits was rendered on the application for an interlocutory injunction. The decision is now on appeal.

¶ 131 In addition to the judicial decisions I have referred to, two decisions of environmental tribunals have come to my attention. While these decisions do not have precedential value, their reasoning is of interest.

¶ 132 In TimberWest Forest Corp v. British Columbia (Deputy Administrator, Pesticide Control Act), [2003] B.C.E.A. No. 31, TimberWest appealed the Deputy Administrator's decision to place a number of conditions on a Pest Management Plan (PMP) TimberWest had submitted for authorization. Under the PMP, TimberWest sought permission to use pesticides on its land (formerly part of the Railway Lands, like the Removed Lands in this case.) The Cowichan First Nation (CFN) claimed aboriginal rights and title to those lands. Before authorizing the PMP, the Deputy Administrator met with representatives of the CFN concerning the proposed PMP. When the final PMP was issued, it took into consideration the CFN's asserted aboriginal rights by restricting the use of pesticides at sites of particular spiritual or ceremonial significance to the CFN.

¶ 133 Before the Environmental Appeal Board, TimberWest argued that the PMP restrictions were based on irrelevant considerations, one of which was the Deputy Administrator's consultation with the CFN. Based on the Court of Appeal decisions in Haida Nation, (2000), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, and Taku River, (2000), 98 B.C.L.R. (3d) 16, 2002 BCCA 59, the Panel acknowledged that the Deputy Administrator had a duty to consult and accommodate with aboriginals in the circumstances, and held that aboriginal rights and title are not subordinate to the rights of a fee simple owner.

¶ 134 The Panel also held that where the Crown performs a regulatory role, the infringement of an aboriginal right can occur whenever the Crown exercises its decision making powers, regardless of the tenure of lands affected, reasoning:

> ... limiting aboriginal people to challenging only the original grant of fee simple, rather than any subsequent Crown authorized use of the private land, would be contrary to the purpose of section 35 of the Constitution Act, 1982 ... (para. 203)

¶ 135 The Panel concluded that the Deputy Minister did have a duty to consult and accommodate CFN interests before issuing his authorization of the PMP, and therefore, that the CFN's claims of aboriginal rights and title were relevant considerations.

¶ 136 In Penelakut First Nations Elders v. British Columbia (Regional Waste Management), [2005] B.C.W.L.D. No. 547, elders of the Penelakut First Nation appealed the Regional Waste Manager's decision to authorize the discharge of waste from a land-based fish hatchery on Salt Spring Island that was located on land leased from a third party. The Penelakut First Nation asserted aboriginal rights to harvest food and to visit a sacred burial site near the hatchery site. The Environmental Appeal Board Panel held that the Provincial Crown had a duty to consult and accommodate aboriginal peoples in those circumstances, and that the Crown had met its duty.

¶ 137 To summarize the effect of the judicial authorities, they show a three-step process for considering an alleged failure of the Crown to consult with and accommodate aboriginal people.

¶ 138 First, in determining whether a duty to consult arises, the court must assess whether the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the aboriginal rights. Second, the court must determine if the Crown

contemplated conduct that might adversely affect those rights. If there is such knowledge and contemplated conduct, then the court must take the third step and consider the scope and content of the duty to consult and accommodate, and whether that duty has been met. Determining the scope and content of the duty necessitates a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right, and a consideration of the seriousness of the potentially adverse effect upon the rights claimed.

(3) Knowledge of the Crown

¶ 139 Did the Crown have knowledge, real or constructive, of the existence of potential aboriginal rights pertaining to the Removed Lands and to the surrounding Crown lands?

¶ 140 The petitioners claim that most of the Removed Lands and a portion of Crown lands within TFL 44 are in their traditional territory. They rely on past negotiations and consultations with the Provincial Crown to prove that the Crown knew the extent and nature of their claim.

¶ 141 As part of treaty negotiations, which have reached Stage Four, the HFN presented evidence to the Crown, including a "land selection" which encompasses the area in question. As well, the HFN had provided to the Crown a copy of their Land Use Plan for their claimed traditional territory.

¶ 142 Between about 1994 and July 2004 there was consultation between the Crown and HFN with respect to logging plans in TFL 44, including the Removed Lands. During that period, the Crown was in a position to learn the details of the HFN position regarding the territory.

¶ 143 The petitioners produced evidence from ethnographers and anthropologists indicating that Hupacasath people were present in the area in question at the time of first contact with Europeans. At least some of that evidence is in the public domain.

¶ 144 The petitioners also argue that R. v. NTC Smokehouse (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158 (C.A.), [1996] 2 S.C.R. 672, shows previous judicial recognition of a Hupacasath aboriginal right to fish for salmon in the Somass River.

¶ 145 In NTC Smokehouse, the defendant company was charged with selling fish allegedly caught illegally by Sheshaht (Tseshaht) and Opetchesaht (Hupacasath) people. The Provincial Court Judge at trial found that the "Sheshaht people" had established an aboriginal right to fish, without specifying whether the finding was meant to include or exclude the Hupacasath. The findings of fact at trial were upheld and adopted in both the British Columbia Court of Appeal and the Supreme Court of Canada. No level of court specifically addressed whether there was a basis for distinction between the Tseshaht and Hupacasath. Wallace J.A. stated that one of the questions before the Court of Appeal was "[d]oes the Aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht Bands to fish for food encompass the commercial sale of fish?" (at para. 34). At para. 45, Wallace J.A. wrote:

> Section 839(1) of the Criminal Code provides that an appeal to this Court from the summary conviction appeal court may "be taken on any ground that involves a question of law alone". Findings of fact and questions of mixed fact and law are not reviewable by the court. The nature and scope of the aboriginal rights of the Seshaht and Opetchesaht peoples in this case were determined as a question of fact on the basis of the traditional practices integral to the aboriginal society of the claimants' ancestors. Accordingly, the trial judge's ruling that the commercial sale of fish cannot be characterized as an aboriginal fishing right of the Seshaht and Opetchesaht Indian Bands should not be disturbed.

¶ 146 In the Supreme Court of Canada, Lamer C.J.C. stated:

> For the purposes of this analysis no distinction will be made between the cultures of the Sheshaht and Opetchesaht because no such distinction was made by the appellant in its factum nor in the decisions of the courts below. Further, the evidence presented at trial did not distinguish between the cultures and history of the two bands. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important; however, in this case it does not appear, as a factual matter, that any significant distinctions exist between the Sheshaht and the Opetchesaht. (para. 23)

¶ 147 There is a Tseshaht reserve at the mouth of the Somass River. The respondents argue that the right to fish for food was recognized basically as a communal right held by a larger community composed of both the Tseshaht and the Hupacasath bands and point out that the Tseshaht now dispute whether the Hupacasath have retained their aboriginal rights to fish in the area and may seek to prevent them from fishing there.

¶ 148 I do not read NTC Smokehouse as constituting specific judicial determination that the HFN has an aboriginal right to fish in the Somass River, though it does show judicial recognition of such a right on the part of a larger Tseshaht/Hupacasath community, without distinction between the two groups.

¶ 149 I note that the evidence tendered in the NTC Smokehouse case and the findings of fact of the trial judge were within the knowledge of the Provincial Crown, which appeared as intervener in both the Court of Appeal and Supreme Court of Canada actions.

¶ 150 Given the treaty negotiations, the prior consultations, the publicly available information, and the evidence in NTC Smokehouse, I find that the Crown was aware or should have been aware, when it made the removal decision, of the HFN claims, and of the potential existence of aboriginal rights pertaining to the Removed Lands and the surrounding Crown lands in TFL 44.

(4) Contemplated conduct affecting aboriginal rights

¶ 151 Did the Crown contemplate conduct that could adversely affect aboriginal rights?

¶ 152 I will address this question in two stages. First, could the HFN have aboriginal rights (including possible aboriginal title) with respect to the privately owned land? Second, did the Crown contemplate conduct that might adversely affect HFN aboriginal rights with respect to the Removed Lands or with respect to the Crown land in TFL 44?

(a) Could the HFN have aboriginal rights with respect to the Removed Lands?

¶ 153 As a threshold issue, I must decide whether the honour of the Crown is at stake only when its dealings relate to Crown land. Does the fact that the Removed Lands are private lands mean that the honour of the Crown cannot be implicated and thus, that a duty to consult and accommodate cannot arise on these facts?

¶ 154 I will first briefly summarize the parties' submissions on this point.

¶ 155 Mr. Thompson for the Crown submitted that Haida Nation is premised on the fact that the Crown held legal title to the land and that the aboriginal group claimed aboriginal title to that land. He submitted that for claims to give rise to a duty to consult, they must be ones that are capable of realization. He urged that the petitioners in these proceedings do not challenge the original Crown grant or the fee simple title held now by Island Timberlands.

¶ 156 The Crown's position is that aboriginal title and fee simple title are fundamentally incompatible, because the former, which Delgamuukw described at para. 117 as "the right to exclusive use and occupation of the land" cannot coexist with fee simple title, the highest form of tenure in Canadian law and the most substantial estate that can exist in land.

¶ 157 Thus, Mr. Thompson argued, a claim to aboriginal title over private land is not realizable and no duty to consult can arise.

¶ 158 The Crown referred to the comments of Mahoney J. in the case of Hamlet of Baker Lake v. The Queen, [1980] 1 F.C. 518 at para. 102 (T.D.):

> The coexistence of an aboriginal title with the estate of the ordinary private landholder is readily recognized as an absurdity. The communal right of aborigines to occupy it cannot be reconciled with the right of a private owner to peaceful enjoyment of his land.

¶ 159 The Crown also relies on Skeetchesten and this statement by MacKenzie J.A. at para. 72:

> The appellant's ultimate objective is stated to be reconciliation of the claimed aboriginal title with Kamlands title to the 6 Mile Ranch in some form of accommodation of interests. The appellant argues that the present use of the lands as a ranch is compatible with aboriginal title but an intensive resort development with hotels, condominiums and golf courses would be incompatible. This submission appears to have an inherent contradiction inasmuch as the claimed aboriginal title and the fee simple title each involve rights to exclusive possession which are mutually exclusive.

¶ 160 In the Crown's view, if the petitioners were to challenge the fee simple owner's title, such a challenge would not succeed either because of the inherent incompatibility of fee simple and aboriginal title or because the infringement of aboriginal title would be justified.

¶ 161 With respect to justification for infringement of aboriginal title, the Crown's position is that both requirements can be met: (a) the infringement is in furtherance of a legislative objective that is compelling, substantial and reconcilable with aboriginal rights and the broader community of which they are a part; and (b) it is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples: Delgamuukw, paras. 161-162.

¶ 162 The Crown also submits that aboriginal title to the Removed Lands may have been extinguished as a result of the Federal Crown grant in 1887 to the Esquimault and Nanaimo Railway (although the Crown urges that I should not reach a conclusion regarding extinction of title.)

¶ 163 Further, the Crown's position is that the question of whether aboriginal title and fee simple title can co-exist is inappropriate for a petition on judicial review and should not be decided in this proceeding.

¶ 164 Under the terms of the British Columbia Treaty Process, the petitioners will not be able to obtain title to any private lands, except on a willing seller/willing buyer basis, and the Crown relies on that fact as further support for its position that there is a fundamental incompatibility between aboriginal title and fee simple title. The Crown's position is that it does not recognize aboriginal title to lands that are privately held and that it does not have jurisdiction to provide privately held land if it is claimed.

¶ 165 With respect to aboriginal rights short of title, Mr. Thompson argued that any aboriginal rights exercised by the HFN on the Removed Lands are at the sufferance of the private landowner, which can at any time prohibit access to its private property. He further submitted that aboriginal rights are subject to the right of the fee simple landowners to put their lands to uses that are visibly incompatible with the exercise of aboriginal rights, such as the harvesting of commercial timber.

¶ 166 The Crown submits that a finding by this Court that the petitioners have established a prima facie case would "necessitate a finding that aboriginal rights and title not only exist on private land, ... but a finding that First Nations must be consulted by the Crown or even private landowners when exercising their rights as fee simple titleholders at common law." The Crown argued that "[s]uch a finding would constitute a step towards a challenge to the entire Torrens property system in British Columbia."

¶ 167 Brascan's argument is consistent with that of the Crown. Brascan argues that the petitioners have not established a credible claim to aboriginal title in the Removed Lands. Mr. Clark pointed to the absence of authority for a duty to consult where the claim is for aboriginal title to privately owned land and emphasized that fee simple is the highest form of tenure in Canadian law and the most substantial estate which can exist in land. Brascan's position is that it is logically impossible for both aboriginal title and fee simple title to co-exist on the same parcel of land. Brascan also stresses that the petitioners are not challenging the fee simple title.

¶ 168 The petitioners respond that the authorities do not exempt private land from the duty to consult, and that the authorities do not support the proposition that aboriginal rights and title are inapplicable on private lands. Mr. Grant for the petitioners argued that aboriginal rights and title can co-exist with fee simple title. Further, he submitted that, although the petitioners are not challenging the fee simple title in this proceeding, they have filed a writ claiming aboriginal title over their traditional territory, which includes the Removed Lands.

¶ 169 Mr. Grant argued that Crown sovereignty continues over all lands, including those held in fee simple, and that the obligation to consult flows simply from s. 35 of the Constitution Act, 1982, and the previous occupation of lands by an aboriginal group.

¶ 170 I will begin my analysis with a review of some of the relevant authorities on the possible co-existence of private land ownership with aboriginal title and rights.

¶ 171 As I read the cases, it has not yet been decided what meaning, if any, aboriginal title continues to have once the land over which it is asserted has been granted in fee simple to a third party.

¶ 172 Skeetschten holds that aboriginal title is not a registrable interest, but leaves open the larger question of whether aboriginal title can co-exist with fee simple title. Southin J.A. adopted the metaphor used by MacKenzie J.A. that an aboriginal title claim is "upstream" of the certificate of indefeasible title:

> During argument, my colleague, Mr. Justice Mackenzie, encapsulated the Registrar's argument thus: "The claim of the appellant is upstream of the certificate of indefeasible title. The Registrar's duties are downstream of the certificate." (para. 4)

MacKenzie J.A. and Rowles J.A., after making the comment at para. 72 relied on by the Crown, that "the claimed aboriginal title and the fee simple title each involve rights to exclusive possession which are mutually exclusive", adverted to the complexity of the issues surrounding aboriginal rights in lands alienated by the Crown and concluded that the court was bound by its earlier decision in Re Uukw et al. v. The Queen in Right of British Columbia et al. (1987), 37 D.L.R. (4th) 408 (B.C.C.A.) regarding registrability of aboriginal land claims (para. 83).

¶ 173 As for aboriginal rights short of aboriginal title, although there is some authority with respect to their continued existence relating to privately owned land, many questions remain open.

¶ 174 In Delgamuukw at para. 36, the Supreme Court of Canada summarized the Reasons of Macfarlane J.A. in the Court of Appeal regarding aboriginal rights and extinguishment:

> The purpose of the colonial instruments in question was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. It is not inevitable, upon a reading of the statutory scheme, that the aboriginal interest was to be disregarded. They did not foreclose the possibility of treaties or of co-existence of aboriginal and Crown interests. Similarly, even fee simple grants to third parties do not necessarily exclude aboriginal use. For example, uncultivated vacant land held in fee simple does not necessarily preclude the exercise of hunting rights. Moreover, it is clear that, at common law, two or more interests in land less than fee simple can co-exist. However, since the record was not sufficiently specific to permit the detailed analysis of such issues, Macfarlane J.A. suggested that these issues be dealt with in negotiation. He concluded that extinguishment by a particular grant needed to be determined on a case by case basis. [emphasis added]

¶ 175 Lamer C.J.C. later considered whether provincial laws of general application could extinguish aboriginal rights, and concluded:

> It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24). Prior to 1982, as a result, they could not be extinguished by provincial laws of general application. (para. 181)

¶ 176 The relationship between existing treaty rights and private property was considered in R. v. Badger, [1996] 1 S.C.R. 771. That case involved hunting offences under the Alberta Wildlife Act, S.A. 1984, c. W-9.1. Three accused, with rights under Treaty No. 8, were caught hunting on private land. On appeal, the Court considered whether status Indians under Treaty No. 8 had the right to hunt for food on private land. The Court considered the text of Treaty No. 8, which provided for hunting, trapping and fishing "throughout the tract surrendered . . . saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes" (para. 40).

¶ 177 Cory J. considered the text of the treaty and the circumstances in which it was signed and concluded:

> ... the oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. (para. 58)

As to whether aboriginals had a treaty right of access to hunt on privately owned lands, he concluded they did not where the land is put to a "visible, incompatible use". He held at para. 66:

> Where lands are privately owned, it must be determined on a case-by-case basis whether they are "other lands" to which Indians had a "right of access" under the Treaty. If the lands are occupied, that is, put to visible use which is incompatible with hunting, Indians will not have a right of access. Conversely, if privately owned land is unoccupied and not put to visible use, Indians, pursuant to Treaty No. 8, will have a right of access in order to hunt for food.

¶ 178 Access to private land to practise aboriginal rights, as opposed to treaty rights, was considered in R. v. Alphonse (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17 (C.A.). That case concerned an appeal from charges under the Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, for hunting out of season on private, uncultivated land. The accused alleged that he was exercising an aboriginal hunting right at the time of his arrest. Macfarlane J.A. considered whether this defence was ineffective because Mr. Alphonse was hunting on private land.

¶ 179 Macfarlane J.A. concluded that if legislation, such as the Trespass Act, R.S.B.C. 1979, c. 411, or the Wildlife Act, does not circumscribe the aboriginal rights in question, then those rights can be exercised. He dismissed the Crown's argument that consent of the owner of private land was required, and concluded:

> Applying the Trespass Act to the circumstances of this case, there was no prohibition with respect to hunting on the lands in question. That being so, it was not unlawful to hunt on those lands. Thus, it was not unlawful to exercise an aboriginal right on those lands. (para. 34)

Lambert J.A., in separate and concurring reasons for judgment, held:

> The second aspect of this question relates to whether the exercise by Mr. Alphonse of a hunting right incidental to his aboriginal title or of a separate hunting right over the traditional ancestral lands of the Shuswap people may have been regulated in such a way as to preclude that exercise on land owned by the Onward Cattle Co. Ltd. in fee simple. In my opinion there is nothing in the Wildlife Act, the Trespass Act, or any other Provincial legislation which, by referential incorporation as Federal legislation or otherwise, might be thought to have precluded the exercise by Mr. Alphonse of a right to shoot the mule deer on this private land. The land was uncultivated bush; it was not occupied by livestock; it was not surrounded by a fence or a natural boundary; and it was not posted with signs prohibiting trespass. Just as in R. v. Bartleman (1984), 55 B.C.L.R. 78 (B.C.C.A.), where such land was available for the exercise of treaty hunting rights over unoccupied lands, so in this case it was available for the exercise of aboriginal hunting rights. That is not to say that it would not have been available if it had been occupied by livestock or surrounded by a fence. Such a supposition raises a number of questions which it is not necessary to resolve in this appeal. (para. 111)

¶ 180 Read together, Badger and Alphonse indicate that existing aboriginal and treaty rights, for example to hunt or fish, may be exercised on unoccupied private land if the activity is permitted by statute or common law and is not prohibited by the private landowner. With treaty rights, at least where a "tracts taken-up clause" is included in the relevant treaty, their exercise is precluded if the private land is occupied and visibly used for incompatible purposes. The exercise of aboriginal rights may also be precluded by visible, incompatible use, although the point does not appear to have been finally determined.

¶ 181 I did not understand the petitioners to dispute that, whatever remains of aboriginal rights (short of title) with respect to private land, the owner of that land can preclude access as part of the owner's rights to exclusive use and possession.

¶ 182 I turn now to my analysis and conclusions regarding the respondents' argument that the private ownership of the land precludes a claim for aboriginal title and, correspondingly, the existence of a duty to consult.

¶ 183 There are no judicial decisions directly on point, so far as the research of counsel or my own research has disclosed. (As described above, two B.C. Environmental Appeal Board cases have addressed the point, but neither has previously been referred to in a judicial decision as far as I am aware, the cases were not the subject of submissions before me, and in any event, they do not have precedential value.)

¶ 184 The Supreme Court of Canada and B.C. Court of Appeal authorities on the duty to consult (Delgamuukw, Haida Nation, Taku River, Musqueam and Mikisew) all involved Crown land, though they do not explicitly limit the duty to Crown land. The reasons in Haida Nation and Taku River do not emphasize Crown ownership of the land in question. Most of the discussion centres on the Crown as decision-maker rather than the Crown as landowner.

¶ 185 The lower court cases decided since Haida Nation and Taku River have begun the development of the common law on duty to consult, as envisioned by the Supreme Court of Canada, and show a variety of circumstances in which the duty has been found to exist. Often the reasoning centres on Crown decision-making. However, all cases but one (Homalco) clearly involved Crown land.

¶ 186 In Gitxsan First Nation #1, a change of corporate ownership of a company that held a TFL and forest licences over Crown land was challenged. In Huu-Ay-Aht, it was the operation of the provincial Forest and Range Agreement program. Musqueam v. Richmond and Betsiamites both concerned directly the use of Crown land or resources.

¶ 187 In Homalco, the issue was the location and choice of fish stock for a fish farm operated by a private party. Homalco involved a decision whose effect was possibly to endanger fish stocks in waters where the First Nation claimed an aboriginal right to fish, adjacent to Crown land where they claimed aboriginal title.

¶ 188 Despite the absence of authority on point, direction can be found in the principles articulated by the Supreme Court of Canada.

¶ 189 The Supreme Court has found that consultation and accommodation are required where a First Nation advances a factually credible claim to aboriginal rights. The rights claimed can be as limited as the right to enter upon the land to fish, hunt or visit a sacred site, or as extensive as the right to maintain exclusive possession (aboriginal title). It is not necessary for the claimant to show that the claim will succeed; only that it is a credible claim. The strength of the claim, if it passes the threshold of credibility, does not bear on the existence of the duty; rather, it is relevant to the content of the duty. The Court reiterated in Mikisew that the initial threshold is low, and that "[t]he flexibility lies not in the trigger ("might adversely affect it") but in the variable content of the duty once triggered" (para. 34).

¶ 190 The duty to consult exists because of the need to reconcile the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

¶ 191 The Crown is sovereign over all lands, including those held in fee simple. Certain decisions by the Crown, such as this decision to remove the lands from the TFL, may significantly affect land to which aboriginal peoples lay claim, even though the Crown is not the title-holder to the land. Crown sovereignty and its power to make decisions about land during the time (which may be lengthy) when claims of aboriginal rights have been advanced but not yet proved triggers the duty to consult. Crown ownership of the land is not a necessary condition for the existence of that power to make decisions.

¶ 192 Although Crown sovereignty extends to all land, Crown decision-making power about the land does not. Here, the Minister had specific and significant control over activities on the land, could prevent it from being used for non-forestry purposes, and could even prevent it from being alienated. These are unique and unusual circumstances.

¶ 193 The respondents are asking me to decide at this stage, which is in effect an interim proceeding, that the removal decision could have no effect on aboriginal title. They urge, in general, that aboriginal title and fee simple title are fundamentally inconsistent and that it is logically impossible for them to co-exist on the same parcel of land, and in particular, that with respect to the Railway Lands aboriginal title was extinguished by the Federal Crown grant.

¶ 194 Thus, they are asking me in fact to decide what they say I should refrain from deciding, by seeking a conclusion that the door is closed on aboriginal title claims when land is held in fee simple by a third party.

¶ 195 The petitioners, on the other hand, are not seeking a ruling that aboriginal title continues to exist: only that it might. They are content that the door remain open, as it has been left by the higher courts. They assert aboriginal title without challenging the fee simple title in this proceeding, on the premise that this claim, under the existing state of the law, is sufficiently credible to found a duty to consult.

¶ 196 Here, the Provincial Crown and the HFN are at Stage Four in treaty negotiations. Prior to the removal decision, the province consulted with the HFN regarding its actions within HFN claimed traditional territory as a whole. There is no evidence that the Provincial Crown made any distinction in this consultation process between the Crown land and the private

land. When the Removed Lands were under TFL 44, the Crown had the power to restrict significantly the owner's use of those lands, and could refuse to permit the alienation of those lands. The TFL was registrable against title under the Land Title Act by way of notice. The decision to remove the land from the TFL was a decision with important ramifications for the future of that land.

¶ 197 I do not accept the respondents' argument that this case is distinguishable from Haida Nation and Taku River.

¶ 198 First, I do not find it significant that the fee simple title is not attacked in this proceeding. Further, the petitioners are advancing a claim to aboriginal title in a separate proceeding.

¶ 199 Second, I conclude that the principles articulated in Haida Nation and Taku River can apply outside the context of Crown land. The Crown's honour does not exist only when the Crown is a land-owner. The Crown's honour can be implicated in this kind of decision-making affecting private land. Here, the Crown's decision to permit removal of the lands from TFL 44 is one that could give rise to a duty to consult and accommodate. I refer back to the words of the Supreme Court in Haida Nation at para. 76: the province may have a duty to consult and perhaps accommodate on TFL decisions, which reflect the strategic planning for the utilization of the resource and which may potentially have serious impacts on aboriginal rights.

¶ 200 I have concluded that the existence of a duty to consult, in these unique circumstances, is not precluded by the fact that these are private lands.

(b) Did the Crown contemplate conduct that might adversely affect HFN rights?

¶ 201 The next step is to determine whether the Minister's decision to remove the land from TFL 44 in fact had the potential to affect adversely aboriginal rights or title asserted by the HFN.

¶ 202 The petitioners argue that their ability to exercise their aboriginal rights with respect to the Removed Lands requires that they have access to and protection of the land's wildlife, fish and plant resources and the sacred sites integral to their way of life.

¶ 203 The Removed Lands, when managed as part of TFL 44, were subject to the Forest Act, the Forest Practices Code and the Forest and Range Practices Act. They are no longer subject to that legislation. The petitioners urge that, as a result, the removal decision has significantly reduced the Crown's ability to control forestry activities on the removed lands; it terminates, for example, the landowner's obligations to submit a management plan, a timber supply analysis, and a 20-year plan and to be subject to an allowable annual cut.

¶ 204 The HFN argues that the removal decision also purports to end the obligation of the Crown to consult with them regarding significant management decisions affecting the Removed Lands, pointing to past consultation and accommodation which led, for example, to protection of their sacred sites.

¶ 205 The petitioners argue that the "management objectives" in the Private Managed Forest Land Act, S.B.C. 2003, c. 88, the legislation which now applies to the Removed Lands, are vague and non-specific, provide significantly reduced protection, and are easily avoided due to the regime's voluntary nature. The legislation permits landowners to withdraw their lands from the managed forest classification at will, subject only to the possible payment of an exit fee to the local taxing authority and the loss of a benefit in terms of property tax rates (ss. 17-19).

¶ 206 They submit that the level of environmental protection on the Removed Lands has been reduced.

¶ 207 They also point to the fact that the owner's powers over the Removed Lands have increased. For example, the owner can now subdivide and develop the lands for housing and sell the lands without the permission of the Minister.

¶ 208 The petitioners concede that the HFN have always needed permission to go on the land since it became privately owned, but argue that previously there was a context in which permission was obtained, and a process under the terms of the TFL for managing the use of the land in consultation with them.

¶ 209 The petitioners also argue that there is a potential adverse affect on their ability to exercise their aboriginal rights to resources on Crown land in TFL 44 because statutory and regulatory forest cover requirements for environmental purposes

are often expressed as a proportion of the TFL's total area; thus, the reduction of the total area of TFL 44 reduces in absolute terms the minimum size of the areas which are protected.

¶ 210 The Crown argues that even if a claim does exist, there is no possible adverse impact on, or infringement of, asserted aboriginal rights or title since the petitioners continue to have the same ability to access the lands for cultural and other purposes. It submits that the change in the regulatory regime has not resulted in lesser environmental protections and that the removed lands have never been available for land selection through treaty in any event.

¶ 211 Further, the Crown points to the conditions regarding the Removed Lands imposed by the Minister and agreed to by Brascan, in support of the argument that if the Hupacasath have any claim, their interests were accounted for and protected by the Minister of Forests when the removal decision was implemented, well beyond what would actually have been required.

¶ 212 The Crown's position is that it had an enforceable contract with Weyerhaeuser and that Brascan has subsequently indicated that it considers itself equally bound by the terms and conditions and will continue to manage the private lands in accordance with the provisions of the July 9 letter. It submits that Brascan has also agreed to be bound by the letter of agreement with the Ministry of Water, Land and Air Protection to protect ungulate winter ranges and other habitats and work to develop permanent protections for two years.

¶ 213 The Crown argues that any failure by Brascan to continue to manage the lands under the Private Managed Forest Land Act would be a contractual breach and subject to remedy or penalty, and that federal legislation (the Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, Navigable Waters Protection Act, R.S.C. 1985, c. N-22, Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29) and provincial legislation (Water Act, R.S.B.C. 1996, C. 483, Heritage Conversation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53) continues to apply. The Crown points to the conditions imposed by the Minister regarding water quality and fish habitat through management objectives under the Private Managed Forest Land Act.

¶ 214 The Crown argues that it is significant that Weyerhaeuser and now Brascan have agreed to maintain International Standards Organization (ISO) and CSA certifications, which require engagement of aboriginal groups in forms of consultation. Brascan submits that these certifications carry a comprehensive set of standards, which are not easily met, and that certification is not lightly obtained. Brascan points to evidence showing that HFN representatives had in fact agreed that CSA certification was preferable to the TFL regime.

¶ 215 The respondents both argue that the petitioners are not entitled to an unchanging regulatory regime. They submit that, while there may be fewer opportunities for judicial review applications because there will be fewer decisions made by government, in any event the entire forest industry is moving towards a "results based" rather than a codified and process-oriented management regime.

¶ 216 As did the Crown, Brascan argues that there in fact will be no change in the ability of the petitioners to access the private lands. It says that sites and objects having historical or cultural value to an aboriginal people, including those located on private land, are protected under the Heritage Conservation Act.

¶ 217 Brascan confirmed in argument that it will abide by the Minister's conditions for the removal decision. In response to a question from the Court as to whether the agreement between the government and Weyerhaeuser is enforceable as between the government and Brascan, Mr. Clark for Brascan stated that there has to be good faith between government and industry. He said that government "calls the shots" and that Brascan will abide by the government's conditions, because if it did not, it would find itself subject to regulation and law reform, and "back to where it started".

¶ 218 Brascan argues that it is maintaining many of Weyerhaeuser's policies and procedures with employees trained to be sensitive to aboriginal cultural issues, that it is in the business of timber harvesting for the long term and that the private lands in question are highly productive and can support in perpetuity large scale commercially viable harvesting on a sustainable basis.

¶ 219 Brascan argues that there is no evidence of any concrete adverse effects from removal decision on the petitioners' asserted rights because both Weyerhaeuser and Brascan have complied fully with the Minister's conditions and the applicable legislation.

¶ 220 In the alternative, Brascan argues that if the HFN did successfully establish aboriginal title in the removed lands, their only remedy could be against the Crown, and not against Brascan's title, because aboriginal title is an encumbrance on the Crown's underlying title and does not attach to fee simple title.

¶ 221 I will now state my conclusions on the question whether the Crown contemplated conduct that might adversely affect Hupacasath aboriginal rights.

¶ 222 The difference between the level of regulation of forestry activities on the land before removal from the TFL, under the Forest Act and the Forest Practices Code, and after removal under the Private Managed Forest Land Act, is significant enough, according to Brascan, that removal of the lands was a major factor in its decision to enter into the agreement to purchase Weyerhaeuser's coastal assets.

¶ 223 The removal decision, by all accounts, results in a lower level of possible government intervention in the activities on the land than existed under the TFL regime. There is a reduced level of forestry management and a lesser degree of environmental over-sight. Access to the land by the Hupacasath becomes, in practical terms, less secure because of the withdrawal of the Crown from the picture. There will possibly be increased pressure on the resources on the Crown land in the TFL as a result of the withdrawal of the Removed Lands. The lands may now be developed and re-sold.

¶ 224 The conditions in the Minister's letter are not enforceable by the HFN, even if they are enforceable by the Minister.

¶ 225 In agreeing to the removal of the lands, the Crown decided to relinquish control over the activities on the land, control that permitted a degree of protection of potential aboriginal rights over and above that which flows from the continued application of federal and provincial legislation.

¶ 226 Further, it is undisputed that nothing formally prevents Brascan from ceasing its voluntary compliance with the Private Managed Forest Land Act regime at any time its operational requirements so dictate. The conditions in the Minister's letter to Weyerhaeuser, assuming that they are binding on Brascan, require maintenance of the current status of "managed forest" on the private property "[s]ubject to applicable law and Weyerhaeuser's operation, risk management and other needs." Similarly, the conditions state that "[v]ariable retention and stewardship zoning on old growth areas will be maintained indefinitely", which would seem to allow for a change at any time.

¶ 227 Brascan's agreement to maintain current critical wildlife habitat areas for two years while a long-term plan is developed with the Ministry of Water, Land and Air Protection does not require that any ultimate agreement be reached.

¶ 228 Although there is no evidence that the Hupacasath have experienced problems in exercising specific aboriginal rights on the land since the removal decision, the question is whether a greater potential now exists for such rights to be adversely affected than did before.

¶ 229 The authorities reveal that the contemplated adverse effect need not be obvious. The test, as articulated by Haida Nation, and subsequently followed in a number of cases, focuses on conduct that has the potential to cause an adverse effect. In Gitxsan First Nation #1, Tysoe J. rejected the Crown's argument that the transfer of a TFL and forest licences was a "neutral" decision that did not require any consultation (para. 82). He held that the potential for an adverse effect did result; the transfer changed the identity of the controlling mind of Skeena and the philosophy of the persons making the decisions associated with the licences and prevented the sale of the licences.

¶ 230 The change from the regulatory regime before July 9, 2004, to the post-removal regime does have the potential to affect adversely aboriginal interests, despite the conditions imposed by the Minister, the continued application of federal and provincial legislation and the effect of the certification requirements. The Crown has relinquished its ability to protect undeclared aboriginal rights and to maintain the integrity of the treaty process.

¶ 231 I find that the petitioners have established that the decision to remove the lands from management under the TFL regime has the potential to affect their ability to exercise aboriginal rights they may have on the Removed Lands (to fish, to hunt, to gather food, to harvest trees, to visit sacred places). I find that when the Minister decided to remove the lands from TFL 44, he contemplated conduct that had the potential to affect adversely the HFN's aboriginal rights.

¶ 232 I find as well that the Minister's decision has the potential to affect the HFN's aboriginal rights with respect to Crown land within their asserted traditional territory. Increased logging on the Removed Lands could have an impact on adjacent Crown land. Although the regulatory regime is not changed within TFL 44, activities such as logging and protection of old growth areas in TFL 44 may be altered as a result of the removal decision. The change has the potential to affect adversely the aboriginal rights asserted by the HFN.

¶ 233 Thus, I find that the Minister contemplated conduct which he knew or ought to have known had the potential to

affect adversely Hupacasath aboriginal rights.

(5) The Crown's duty

(a) What was the nature and scope of the Crown's duty?

¶ 234 The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case and to the seriousness of the potentially adverse effects upon the right or title claimed.

¶ 235 Where the claim to title is weak, the aboriginal right limited, or the potential for infringement minor, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. It is different when a strong prima facie case is established, the right and potential infringement is of high significance to the aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high: deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may then be required: Haida Nation, paras. 43-44.

¶ 236 While the petitioners' position is that they have shown a strong prima facie claim for aboriginal rights over all of their traditional territory, the Crown's position is that the claim is non-existent on the Removed Lands and weak, at best, on the Crown land.

¶ 237 In assessing the strength of the HFN claim, I take into account both the evidence as to traditional use (by the HFN and others) and the fact that the Removed Lands are privately owned: thus, I consider in a preliminary way both the factual and legal strength of the claim.

¶ 238 There was some dispute in argument about the extent to which the Deputy Chief Forester acknowledged the claims of the HFN in his rationale for the amendment to the allowable annual cut. I agree with the Crown that he did not acknowledge the validity of those claims, as opposed to the fact that they were being made.

¶ 239 I also agree with the submission of the Crown that the fact that the petitioners were accepted into the B.C. Treaty Process does not in itself reveal that they have a strong case since there was no evidence as to the criteria imposed for inclusion in the Treaty Process. However, the fact that negotiations are at Stage Four was a factor in my earlier conclusion that the Crown was or should have been aware of the nature and extent of the Hupacasath claim and the potential for adverse effect on aboriginal rights.

¶ 240 The southern part of the asserted HFN traditional territory is subject to extensive overlapping claims by eight other First Nations, and the Crown specifically submitted that the strength of the HFN's claim was reduced in light of historical evidence that they were conquered by the Tseshaht. As stated above, I make no finding as to conquest. I also note that I have taken into account, in assessing the evidence on traditional use and occupation, the submissions of counsel regarding factors bearing on its weight.

¶ 241 The respondents conceded that both the northern area of the traditional territory as a whole, and more specifically the northern area of the Removed Lands, are relatively free of overlap.

¶ 242 In Gitxsan First Nation #1 the Court noted, in responding to the Crown's argument that a prima facie case could not be made out because of overlapping claims, that:

> ... in the event that the overlapping claims result in a finding that aboriginal title to a disputed area has not been established, it is still possible for the Court to conclude that the competing groups have each established aboriginal rights in respect of the area. (para. 74)

¶ 243 In its most recent pronouncement in Marshall, the Supreme Court of Canada stated that aboriginal title requires the intention and capacity to retain exclusive control, that shared exclusivity could result in joint title and that aboriginal title is not negated by occasional acts of trespass or entry onto the land by consent (para. 57).

¶ 244 Because of the private ownership of the land, and the position taken by the province in treaty negotiations, the prospect that the HFN will in the end obtain exclusive possession of any of the Removed Lands or ownership of the resources on them seems remote.

¶ 245 However, the Removed Lands are contiguous with Crown land, and the removal decision affects the Crown land claimed by the HFN as part of its traditional territory. The prospect exists that the HFN will obtain exclusive possession of some of that Crown land or its resources through treaty.

¶ 246 Based on the evidence before me, including the uncontradicted evidence of the Hupacasath elders regarding traditional use of the territory they describe, for the purposes of this application my preliminary assessment of the strength of the case is as follows.

¶ 247 I will first address the case regarding Crown land. I find that the HFN has shown a strong prima facie case for aboriginal rights including title with respect to the portion of their asserted traditional territory on the Crown land which is not subject to any overlapping claims. I reach no conclusions on the strength of the competing claims by other First Nations, but take those claims into account in concluding that the HFN prima facie case for aboriginal title to the portion of Crown land subject to overlap is weaker than for the other portion. Regarding the portion of their asserted traditional territory on Crown land subject to overlapping claims, the petitioners have shown a good prima facie case for aboriginal rights to hunt, fish, gather food, harvest trees and visit sacred sites. Since those rights do not require exclusivity, the existence of the overlapping claims does not in general weaken the petitioners' case.

¶ 248 Second, with respect to the Removed Lands, I find that the petitioners have shown a prima facie case for aboriginal rights to hunt, fish, gather food, harvest trees and visit sacred sites on their asserted traditional territory, subject to the rights of the fee simple owner of that land to prohibit their access. Again, because the exercise of these aboriginal rights does not require exclusivity, I do not find that the existence of overlapping claims in general weakens the HFN case. I find that the petitioners have also shown a prima facie case for aboriginal title (if such title has not been extinguished and continues to exist with respect to the Removed Lands), with respect to the portion of their traditional territory not subject to overlapping claims. As for the portion of the traditional territory on the Removed Lands subject to overlapping claims, given the requirement of exclusivity, I find they have shown a weak prima facie case.

¶ 249 On the existing state of the law, the petitioners' aboriginal rights with respect to the Removed Lands are at best highly attenuated. Prior to the removal decision, the owners of the lands could have decided to exclude the Hupacasath from access to the lands at any time, subject to possible intervention by the Crown through its power to control activities on the land under the TFL. Their claimed aboriginal title, if it has not been extinguished, seems very unlikely to result in the Hupacasath obtaining exclusive possession of the Removed Lands in the future. The authorities indicate that the possible availability of the land to satisfy future land claims or treaty settlements is an important consideration in determining the extent of the Crown's duty.

¶ 250 The extent of the Crown's duty is also proportionate to the seriousness of the potential adverse effect on the claimed aboriginal rights.

¶ 251 I have described in the preceding part of these Reasons the potential adverse effects of the removal decision on HFN aboriginal rights.

¶ 252 As a consequence of changes in activities on the Removed Lands, there might be some impact on fishing or hunting on the HFN claimed traditional territory outside the Removed Lands (and on Crown lands). I would say that the potential effect of the removal decision on the claimed aboriginal rights pertaining to the Crown land is modest.

¶ 253 With respect to the Removed Lands themselves, the previous level of regulation of logging, wildlife protection and other activities on the land has been replaced by a different and much more forgiving regime. As well, the use of some of the lands could change altogether, for example through development for housing. The potential effect of the removal decision on the claimed traditional territory in the Removed Lands is serious.

¶ 254 Taking both the strength of the HFN claim and the seriousness of the potential adverse effects into account, I find that the duty to consult was at a moderate level with respect to the Crown lands, and at a lower level with respect to the Removed Lands.

(b) Did the Crown fulfill its duty to consult and accommodate?

¶ 255 I turn to the question of whether the Crown's duty to consult was in fact fulfilled.

¶ 256 Consultation requires good faith on both sides, which does not preclude hard bargaining. Aboriginal claimants must not frustrate the Crown's reasonable efforts, nor should they take unreasonable positions to thwart government in its consultation attempts: Haida Nation at para. 42. The standard is reasonableness, not perfection (para. 62). The right to be consulted is not a right to veto (para. 48). What is required is a process of balancing interests, of give and take (para. 48).

¶ 257 The Crown argued that the strength of the prima facie case, if it exists, is so slight that at most the HFN was entitled to notice. Mr. Thompson submitted that the after-the-fact public notice released by the Crown on July 13, 2004 was sufficient notice and satisfies the test with respect to the honour of the Crown. He did not refer to any authority in support of his position that after-the-fact notice could suffice as consultation, and I am not persuaded by this submission, which seems inconsistent with the Supreme Court of Canada's pronouncements as to the meaning of consultation.

¶ 258 The Crown conceded that there are remaining Crown lands which may be impacted, that consultation about these lands is ongoing and submitted that because, in that context, the HFN will have a chance to be consulted about specific impacts flowing from the removal decision, nothing else is necessary.

¶ 259 Both the Crown and Brascan argued that the WIWAG meetings and other interaction between the HFN and Weyerhaeuser fulfilled any consultation requirements on the Crown. The Crown pointed to the fact that the prevailing framework until November 2004 was the B.C. Court of Appeal decision in Haida Nation, which required third party consultation.

¶ 260 Brascan pointed to the statement by the Chief Justice in Haida Nation at para. 53 that "[t]he Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments", and argued that in effect Weyerhaeuser was carrying out the Crown's obligations.

¶ 261 However, there is no evidence that the Crown delegated the procedural (or any) aspects of consultation to Weyerhaeuser. The WIWAG process was not the Crown's, whether directly or indirectly, and the WIWAG process did not involve consultation by the Crown about the pending removal decision.

¶ 262 Most significantly, there is no evidence of any occasion when the Ministry either sought out or had the opportunity to hear the HFN's views about the Weyerhaeuser proposal to remove the lands, or the HFN's views about appropriate measures to accommodate aboriginal interests. Weyerhaeuser's discussions with the petitioners were in a context of asymmetrical information. The HFN did not know that Weyerhaeuser had made formal application to remove the lands, what representations it had made, or what terms and conditions were under discussion. Nor could it be said that the HFN had an opportunity to express their interests and concerns to the Crown, or to ensure that their representations were seriously considered and, where possible, integrated into the proposed plan of action.

¶ 263 The respondents both argued that the HFN's interests were in fact accommodated, beyond what would have been required, by the conditions imposed by the Minister. The Brascan submission put it this way:

> The conditions to the Removal Letter are extensive, unusual and onerous. As will be discussed in more detail below, the conditions not only guarantee aboriginal access and notice, practices originally established on a voluntary basis by Weyerhaeuser, but they also protect aboriginal interests by imposing stringent environmental and forest practice requirements for the management of the lands. Environmental protection was further strengthened by Weyerhaeuser's concurrent agreement to protect ungulate winter ranges and a wildlife habitat area within the removed lands. The owners of privately owned timberlands are not normally required to adhere to such conditions or agreements.

¶ 264 I do not find this to be an answer to the alleged breach of the duty to consult. While the Ministry and Weyerhaeuser may have turned their minds to what would protect aboriginal interests, the HFN have a position about what is necessary to do so and they should have been able to put their views and position forward to the Crown while the Crown was considering whether to accede to the request to remove the land.

¶ 265 The Brascan submission emphasized that the courts do not insist on elaborate consultation or attempts at accommodation where it would be futile in light of inflexible or unreasonable positions taken by aboriginal claimants. Brascan argues that the petitioners have repeatedly asserted that their consent was required for the lands to be removed, and that they would refuse their support unless there was an acknowledgment of Hupacasath rights and title to Brascan's lands, control over resources on Brascan's lands, and agreements with respect to jobs and revenues for the HFN. Thus, Mr. Clark submitted, consultation and attempts at accommodation beyond what in fact took place would have been manifestly useless

in the light of the petitioners' intransigence. He referred to Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 at paras. 71-86, 103-118, 2003 BCSC 1422; Halfway River First Nation v. British Columbia (Min. of Forests) (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 206 at para. 161 per Finch J.A., 1999 BCCA 470; and Lax Kw'Alaams Indian Band v. British Columbia, [2004] B.C.J. No. 747, 2004 BCSC 420 at para. 62.

¶ 266 In Halfway River, Finch J.A. stated at para. 160-61:

> The Crown's duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action ... .
>
> 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 ... .

¶ 267 There is no evidence that the HFN refused to meet or to participate. The evidence that the HFN took the position with Brascan that it needed HFN consent to "get the land out" because of their asserted aboriginal rights and title to the land, without more, does not persuade me that they did frustrate or would have frustrated a consultation process. There was no consultation process for them to frustrate.

¶ 268 The Crown argued that there was a duty on the HFN to take steps to deal with the issue, after it received notice on February 12, 2004 at the WIWAG meeting of Weyerhaeuser's application to remove the land, by approaching the Minister of Forests to discuss its concerns about the potential impact of removing the lands from the TFL. The Crown argued that consultation is a "two-way street" (referring to Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Act, Project Assessment Director, (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 1 at para. 73 (S.C.) and to Ryan v. British Columbia (Minister of Forests - District Manager) (1994), 40 B.C.A.C. 91 (C.A.)).

¶ 269 While there is no doubt the HFN knew that Weyerhaeuser was trying to persuade the Crown to remove the land, there is no evidence that HFN leaders knew that a formal application had been made, or that the Crown was considering it. I do not find that the failure of the HFN to make representations to the Crown in the February - July 2004 period disentitles them from now seeking review of the Crown's failure to meet its duty to consult and accommodate.

¶ 270 I do not find that what transpired in this case is comparable to what occurred in Heiltsuk or in Lax Hw'Alaams or that the HFN failed to meet their reciprocal duty to express their interests and concerns.

¶ 271 Here, 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".

¶ 272 I recognize that, as stated in Taku River at para. 40, the Crown does not have to develop a special or separate consultation process for aboriginal groups so long as the public consultation process takes aboriginal interests into account. However, the Crown did not conduct any public consultation process with respect to this decision and the participation of HFN representatives in WIWAG did not constitute consultation by the Crown.

¶ 273 In summary, the Crown had a duty to consult with the HFN regarding the removal of the land from TFL 44, and regarding the consequences of the removal of that land on the remaining (Crown land) portion of TFL 44.

¶ 274 The Crown's duty with respect to alleged aboriginal rights on the Removed Land is at a low level and does not require "deep consultation". It does require informed discussion between the Crown and the HFN in which the HFN have the opportunity to put forward their views and in which the Crown considers the HFN position in good faith and where possible integrates them into its plan of action. The Crown has not met that duty.

¶ 275 The duty on the Crown with respect to the effect of the removal decision on aboriginal rights asserted on Crown land is higher, and requires something closer to "deep consultation". On the evidence, the Crown did not meet that duty.

(6) Amendment to the allowable annual cut

¶ 276 I must also consider whether the Crown met its duty to consult with respect to the decision of the Chief Forester to determine a new allowable annual cut for Crown lands remaining in TFL 44. Did the Crown contemplate that its amendment to the allowable annual cut had the potential to affect adversely HFN aboriginal rights in the Crown land that remained in the TFL area?

¶ 277 The Crown was aware of the HFN claim to the Crown land under the TFL, and had consulted with the HFN in the past regarding decisions relating to the TFL, including the allowable annual cut. As set out above, my preliminary assessment is that the HFN prima facie claim to aboriginal rights on the Crown land is strong, particularly so with respect to land that is not subject to overlapping claims.

¶ 278 The petitioners submit that the Chief Forester's amendment decision has the direct (and the potentially adverse) effect of altering the rate at which timber harvesting will take place on lands over which they assert aboriginal rights. Further, they submit the adjustment has the indirect effect of altering the protective measures previously established in TFL 44. They argue the August 26, 2004, adjustment, which they say was made without reference to localized considerations, affects measures previously adopted to conserve wildlife and fish habitat, water quality, and biodiversity.

¶ 279 The Crown submits that the adjustment in question does not have a potential adverse effect on the asserted aboriginal rights of the HFN, as it reduces the level of harvest on a wholly proportional basis. The Crown submits that the adjustment at worst leaves the Hupacasath in the same position they were in prior to the removal decision, or in fact benefits them. The Crown submits that no duty to consult is triggered.

¶ 280 The Crown also submits that the petitioners failed to respond on two occasions when the Crown contacted them to solicit approval of the original allowable annual cut determination for TFL 44 and that therefore the petitioners' claims of concern regarding the adjustment should be viewed with some scepticism.

¶ 281 Given the Crown's knowledge of the HFN claim, the past history of consultation, and the potential for the allowable annual cut amendment to affect the claimed aboriginal rights, I find that the Crown had a duty to consult the HFN about that decision.

¶ 282 As already described, the authorities show that the scope and content of the duty will be proportional to the strength of the claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

¶ 283 Here, the decision reduces the rate of timber harvesting on the Crown land, proportionate to the change in total area in the TFL resulting from the removal of the lands. The HFN position, as I understand it, is that the decision is problematic with respect to their asserted aboriginal rights because the rate was not reduced more.

¶ 284 The Crown points out that the allowable annual cut determination is a lengthy and complex process, taking at least 20 months and occurring every five years. Mr. Thompson also submitted that the Crown had to reduce the rate of timber harvesting in the TFL once the Removed Lands were out; otherwise, there would have been an unsustainable rate of harvesting.

¶ 285 In all of the circumstances, it is fair to characterize the potentially adverse effect, if any, as minor. Under Haida Nation, where potential infringement is minor, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice (para. 43).

¶ 286 The HFN first received notice on July 13, 2004 that it was likely the Chief Forester would amend the allowable annual cut on, when a copy of the Minister of Forests' letter of July 9, 2004 was forwarded to them. That letter stated:

> Allowable Annual Cut (AAC) Determination
>
> Due to the significance of the private land deletion and its impact on the AAC determination for TFLs 39 and 44, I expect the chief forester will make a new AAC determination reflecting the reduction in size of the TFLs effective the date the private lands are removed

¶ 287 More generally, the HFN were aware, or should have been aware, that the allowable annual cut would be changed if the "management assumptions" on which it was based changed. The original Rationale for Allowable Annual Cut (AAC) Determination for Tree Farm Licence 44 effective August 1, 2003, provided at p. 33:

> ... If additional significant new information is made available to me in respect of the management assumptions upon which I have predicated this decision, or First Nations' interests, then I am prepared to revisit this determination sooner than the five years required by legislation

¶ 288 The HFN received notice of the allowable annual cut amendment from Weyerhaeuser, on September 14, 2004, and the Amendment Rationale from the Ministry of Forests on November 16, 2004.

¶ 289 The HFN had notice that it was likely the allowable annual cut was going to be amended and knew, or should have known, that the Chief Forester had explicitly reserved the right to amend the allowable annual cut if the assumptions on which the original cut was based changed. There is no evidence that the HFN contacted the Chief Forester after the removal decision was made but before the allowable annual cut was adjusted to discuss how their aboriginal interests would be affected. At the same time, there is no indication that the Crown approached them or asked them for their views.

¶ 290 I have concluded that in these circumstances, where the Crown gave notice and disclosed information regarding its decision, and where there is no evidence that it failed to respond to concerns raised by the HFN, it fulfilled its duty to consult.

> (7) What remedy, if any, should be granted as a result of the breach of duty to consult and accommodate?

¶ 291 First, the petitioners sought declaratory relief.

¶ 292 There will be a declaration that the Minister of Forests had, prior to the removal decision on July 9, 2004, and continues to have, a duty to consult with the Hupacasath in good faith and to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal.

¶ 293 There will be a declaration that making the removal decision on July 9, 2004 without consultation with the Hupacasath was inconsistent with the honour of the Crown in right of British Columbia in its dealings with the Hupacasath.

¶ 294 There will be a declaration that the Chief Forester had, prior to the August 26, 2004 decision to amend the allowable annual cut for TFL 44, and continues to have a duty to meaningfully consult in good faith with the Hupacasath and to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown to manage TFL 44 in accordance with the public interest, both aboriginal and non-aboriginal.

¶ 295 Second, the petitioners urge that unless this Court orders, in addition to declaratory relief, that the Minister's decision be quashed or suspended in its effect, any consultation would be a purely formal and empty exercise because the Minister has "stripped himself" of the ability to exercise statutory powers over the Removed Lands.

¶ 296 The petitioners ask that I set aside or stay the effects of the removal decision, and refer the matter for reconsideration after further consultation with the petitioners and after the seeking of meaningful workable accommodation. Mr. Grant for the petitioners referred to the Crown's conduct in this matter as "egregious" and described the possible impact on Hupacasath aboriginal rights of leaving the removal decision in place as very serious. In particular, he emphasized the right to fish and the right to carry on sacred practices on the land.

¶ 297 The petitioners argue that Brascan was well aware of their position and of this petition when it completed the purchase of the Weyerhaeuser coastal assets and that it should not now be able to assert prejudice resulting from its reliance on the validity of the removal decision.

¶ 298 The Crown argues that there is a duty on the HFN to take steps and advise the Crown of its concerns and that First Nations cannot frustrate the consultation process by refusing to meet or participate or by imposing unreasonable conditions, as set out in Halfway River at para. 161; thus, a remedy should be refused.

¶ 299 As stated above, I do not find that construction of the facts to be accurate. It has not been established on the evidence that the HFN refused to meet, imposed unreasonable conditions or was intransigent.

¶ 300 The Crown also argued that the petitioners did not commence this proceeding until over five months after the

removal decision and that there has been a significant delay in filing materials, a factor for the exercise of discretion against granting relief.

¶ 301 The petitioners notified the Minister of their position very shortly after they learned of the removal decision and have proceeded relatively expeditiously. I do not find that the remedy granted should be affected by alleged delay on their part.

¶ 302 The Crown argued that remedies under judicial review are wholly discretionary and that the court may withhold a remedy for objective reasons, including a balancing of potential prejudices to parties who have relied on the Minister's consent in good faith. The Crown argued that private landowners have spent money and taken steps in reliance on the Minister's decision, a factor weighing against setting it aside. It also urged that granting the relief sought by the petitioners would affect the public interest because it would "subvert public confidence in the finality of government decisions".

¶ 303 The Crown argues that setting aside the decision and restoring the Removed Lands to TFL 44 would serve no purpose since the petitioners are not challenging the fee simple title of Brascan and any aboriginal rights asserted are subject to the visible and incompatible use doctrine and can only be exercised at the sufferance of Brascan.

¶ 304 The Crown argued that the impact on the public interest and third parties far outweighs the speculative prejudice alleged by the petitioners.

¶ 305 Brascan joined in the Crown's submission.

¶ 306 In addition, Mr. Clark for Brascan argued that a key factor for Brascan in purchasing Weyerhaeuser's property was the prospect of high quality, privately owned timberlands and that when Brascan learned that this petition had been filed on December 16, 2004, Brascan was already deeply committed and the essential terms of the proposed purchase were already in place. He argued that Brascan was justified in relying on the validity of the removal decision when it bought Weyerhaeuser's assets, pointing to evidence of Brascan's understanding about the background to the removal decision: namely, that similar previous removal decisions by the Minister had not been challenged and that Weyerhaeuser had had positive working relationships with First Nations and had informed HFN representatives of its quest to have the lands removed.

¶ 307 Mr. Clark argued that the petitioners are really seeking the right to consent and approval, and that the Court should exercise its discretion against the remedies sought by the petitioners for three main reasons: (1) the immateriality of the alleged failure to consult and accommodate, especially in light of the practical futility of the remedies sought; (2) the serious and irremediable prejudice Brascan and many others would suffer if the remedies were granted; and (3) the public interest in the validity and reliability of administrative decisions with respect to private land in British Columbia.

¶ 308 In support of the assertion of prejudice, Mr. Clark tendered evidence in the form of an affidavit from Reid Carter, the Managing Partner of Brascan Timberlands Management LP.

¶ 309 Mr. Carter deposed that Island Timberlands' operations are based in Nanaimo, employing about 285 people in operating the privately owned timberlands and the sale of logs, and holding agreements with independent logging contractors which employ about 450 - 500 people. He deposed that in forming Island Timberlands, Brascan represented to potential institutional partners the advantages of the privately owned timberlands. He swore that Brascan's estimate is that the profit margin on the sale of timber from the privately owned timberlands business is about $25- $30 per cubic metre higher than the margin attainable from the timber within TFL 44, and that Island Timberlands could face a loss of $15-$24 million annually if the Removed Lands are returned to TFL 44 because of this difference in margin. He stated that the value of the Brascan purchase from Weyerhaeuser would be seriously impacted by such an outcome.

¶ 310 Mr. Carter stated opinions in his affidavit about the wide economic consequences of a reversal of the removal decision for Brascan, its shareholders, Island Timberlands, its investment partners and employees, and the surrounding communities. The petitioners objected to this opinion evidence, and I have disregarded it because Mr. Carter's qualifications to provide expert opinion evidence were not set out in the affidavit or otherwise provided to the Court

¶ 311 I do take into account other aspects of Mr. Carter's evidence, including his statements that if the privately owned timberlands were returned to TFL 44 the forced co-mingling of two incompatible businesses would result and that Island Timberlands would need to reassess and reconfigure its business plans in a significant way possibly leading to reduced production and job losses.

¶ 312 I also take into account the context in which Brascan made its decision to go forward with the purchase.

¶ 313 On November 30, 2005, in conjunction with his submissions on the impact of the Mikisew case, counsel for Brascan also advanced arguments based on the increased prejudice to third parties that would flow from an order setting aside the removal decision, in the light of the recent sale of Cascadia to Western Forest Products Inc., and offered to provide affidavit evidence in support of those arguments. Counsel for the petitioners objected to this. I have not taken those recent submissions as to increased prejudice into account in reaching my conclusions.

¶ 314 I am satisfied on the evidence before me that there would be significant prejudice to Island Timberlands and to Brascan if the Removal Decision were set aside or suspended in its effects.

¶ 315 Finally, Mr. Clark argued that third parties are not responsible for the Crown's failure to consult or accommodate and indeed the honour of the Crown can weigh in favour of third parties, as stated by Madam Justice Southin in Skeetchestn at para. 5. He submitted that if there is to be any remedy, it should be to direct the Crown and the petitioners to engage in consultation and if necessary, arrive at appropriate accommodation measures that engage the resources of the Crown and not Brascan.

¶ 316 Should the decision to permit the removal of lands from TFL 44 be quashed and set aside, or suspended in its effects?

¶ 317 In the light of the substantial prejudice to third parties which could flow from quashing or suspending the removal decision, compared with the lesser prejudice which could befall the HFN if the removal decision is left in effect, I have concluded that the removal decision should not be quashed or set aside.

¶ 318 However, I believe that a meaningful remedy can be granted pending the completion of consultation.

¶ 319 Both of the respondents took the position that the conditions in the Minister's letter of July 9, 2004, amounted to more than reasonable accommodation of the HFN's interests. Counsel for the petitioners argued forcefully, however, that those conditions are not enforceable by the HFN and are imprecise in some respects.

¶ 320 I have concluded that appropriate interim relief for the Crown's breach of its duty to consult and accommodate regarding the removal decision can be built upon the conditions in the Minister's letter.

¶ 321 The following will be terms of this Court's order and will be in effect for two years from the date of entry of this order or until the province has completed consultations with the HFN, whichever is sooner:

1. Brascan will maintain the current status of "managed forest" on the Removed Lands and will keep the land under the Private Managed Forest Land Act, subject to all of its provisions and regulations governing planning, soil conservation, harvesting rate and reforestation;
2. Brascan will maintain variable retention and stewardship zoning on old growth areas in the Removed Lands;
3. Brascan will fulfill its commitments in the Minister's letter regarding maintenance of water quality on the Removed Lands;
4. Brascan will maintain all current wildlife habitat areas on the Removed Lands;
5. Brascan will maintain ISO or CSA certifications and will continue to subject the Removed Lands to the public advisory process as per CSA standards;
6. Brascan will maintain current access for aboriginal groups to the Removed Lands;
7. Brascan will provide to the HFN seven days notice of any intention to conduct activities on the land which may interfere with the exercise of aboriginal rights asserted by the HFN.

¶ 322 This order will apply to Brascan, Island Timberlands, and their successors in interest.

¶ 323 The parties will exchange positions as to what kinds of activities might interfere with the exercise of aboriginal

rights and if there is a failure to agree on a framework, the matter will go to mediation. The Crown will facilitate the operation of this term of the order, including, if requested by the petitioners and Brascan, providing the services of independent mediators at Crown expense.

¶ 324 The petitioners also seek orders for disclosure of information relevant to the consultation.

¶ 325 I will order that the Crown and the petitioners provide to each other such information as is reasonably necessary for the consultation to be completed. Counsel for the Crown suggested that there should be discussion between the parties as to the exact type and extent of the information to be provided, as in Homalco (at para. 124) and Gitxsan First Nation #1 (at para. 113). I agree. I direct that the Crown and the petitioners attempt to agree on the information exchange. If they are unable to agree, the matter will go to mediation.

¶ 326 As well, the Crown and the petitioners will attempt to agree on a consultation process and if they are unable to agree on a process, they will go to mediation. If mediation fails, they may seek further directions from the Court.

B. Compliance with Provincial Statutory Requirements

¶ 327 In addition to the claims based on the Crown's duty to consult and accommodate, the HFN also claims that the decisions of both the Minister of Forests to remove the lands from TFL 44 and the Deputy Chief Forester to amend the allowable annual cut did not comply with applicable statutes, and that therefore, this Court should quash or suspend those decisions.

¶ 328 First, the petitioners argue that the Minister of Forests' decision to remove the private lands from TFL 44 did not comply with the requirements of the Forest Practices Code, and its successor the Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002 c. 69 ["FRPC"]. The HFN claims that the removal decision changes Resource Management Zones, thus invoking the comment and review requirements of s. 3(3) of the Forest Practices Code.

¶ 329 They also claim that the removal decision is invalid because it purports to cancel a wildlife habitat area (specifically, WHA #1-002) that only the Minister of Water, Land and Air Protection (WLAP) has the authority to repeal.

¶ 330 Second, the petitioners submit that the adjustment to the annual allowable cut is invalid because the Deputy Chief Forester did not turn his mind to all the factors that must be considered to properly fulfill that officer's statutory decision-making function. They submit that under s. 8(8) of the Forest Act, the Chief Forester is required to consider, among other things, what rate of timber production can be sustained in the area. They claim that the former deputy's proportional adjustment was purely mathematical and ignored the localized considerations that would need to be considered to meet the guiding objectives.

¶ 331 I have considered the evidence, the authorities and the submissions of counsel and have concluded that the alleged statutory breaches in this case would not, even if they were established, warrant the exercise of my discretion to grant an order to quash or suspend the removal decision or the allowable annual cut amendment, given the balance of convenience and prejudice.

¶ 332 Since I have granted relief to the petitioners on the basis of the breach of the Crown's duty to consult, it is unnecessary for me to decide the issues raised regarding breach of statutory duties.

C. Summary of Conclusions

¶ 333 The Minister of Forests' decision to remove lands from TFL 44 gave rise to a duty on the Provincial Crown to consult the Hupacasath. The Crown failed to meet that duty.

¶ 334 The Chief Forester's decision to amend the allowable annual cut for TFL 44 gave rise to a duty on the Provincial Crown to consult the Hupacasath. The Crown met that duty.

¶ 335 The petitioners will have declaratory relief. I decline to order that the removal decision be quashed or suspended. Certain conditions regarding the use of the Removed Lands for up to two years, pending the completion of consultation and accommodation, are imposed as terms of this order. Where the parties fail to agree on matters regarding the consultation they will go to mediation.

¶ 336 I find it unnecessary to decide the issues raised regarding the alleged breach of statutory duties.

¶ 337 The petitioners have largely been successful, and will have their costs of these proceedings.

¶ 338 I am not seized of this matter.

C.L. SMITH J.

QL UPDATE: 20051209
cp/i/qw/qlemo/qlbrl

Tribunal administratif du Québec

Section des affaires sociales

En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière

Date : 11 novembre 2003

Dossier : SAS-M-079528-0210

Membres du Tribunal :
Jean Hérard, avocat
Bernard Cohen, avocat
Louise Blain, travailleuse sociale

HONG HA NGUYEN

Partie requérante

c.

MINISTRE DE L'ÉDUCATION

Partie intimée

et

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Partie mise en cause

Note préliminaire

Une même décision est rendue par ce Tribunal dans 122 des dossiers joints aux fins de ce recours; une page titre distincte est émise au nom de chaque requérant dans les dossiers portant les numéros :

SAS-M-079528-0210	SAS-M-080692-0212	SAS-M-080792-0212
SAS-M-081056-0301	SAS-M-081500-0301	SAS-M-081512-0301
SAS-M-081514-0301	SAS-M-081518-0301	SAS-M-081520-0301
SAS-M-081526-0301	SAS-M-081528-0301	SAS-M-081530-0301
SAS-M-081532-0301	SAS-M-081534-0301	SAS-M-081538-0301
SAS-M-081540-0301	SAS-M-081558-0301	SAS-M-081562-0301
SAS-M-081576-0301	SAS-M-081578-0301	SAS-M-081580-0301
SAS-M-081582-0301	SAS-M-081584-0301	SAS-M-081586-0301
SAS-M-081588-0301	SAS-M-081590-0301	SAS-M-081594-0301
SAS-M-081708-0301	SAS-M-081710-0301	SAS-M-081712-0301
SAS-M-081716-0301	SAS-M-081718-0301	SAS-M-081720-0301
SAS-M-081722-0301	SAS-M-081724-0301	SAS-M-081726-0301
SAS-M-081728-0301	SAS-M-081752-0302	SAS-M-081754-0302
SAS-M-081756-0302	SAS-M-081758-0302	SAS-M-081760-0302
SAS-M-081762-0302	SAS-M-081764-0302	SAS-M-081766-0302
SAS-M-081770-0302	SAS-M-081772-0302	SAS-M-081778-0302
SAS-M-081780-0302	SAS-M-081906-0302	SAS-M-081908-0302
SAS-M-081926-0302	SAS-M-082094-0302	SAS-M-082096-0302
SAS-M-082102-0302	SAS-M-082106-0302	SAS-M-082108-0302
SAS-M-082114-0302	SAS-M-082120-0302	SAS-M-082122-0302
SAS-M-082124-0302	SAS-M-082186-0302	SAS-M-082188-0302
SAS-M-082194-0302	SAS-M-082196-0302	SAS-M-082200-0302
SAS-M-082202-0302	SAS-M-082204-0302	SAS-M-082208-0302
SAS-M-082210-0302	SAS-M-082460-0303	SAS-M-082462-0303
SAS-M-082464-0303	SAS-M-082466-0303	SAS-M-082468-0303
SAS-M-082470-0303	SAS-M-082472-0303	SAS-M-082474-0303
SAS-M-082476-0303	SAS-M-082478-0303	SAS-M-082480-0303
SAS-M-082630-0303	SAS-M-082634-0303	SAS-M-082638-0303
SAS-M-082640-0303	SAS-M-082642-0303	SAS-M-082644-0303
SAS-M-082646-0303	SAS-M-082648-0303	SAS-M-082650-0303
SAS-M-082658-0303	SAS-M-082660-0303	SAS-M-082662-0303
SAS-M-082668-0303	SAS-M-082958-0303	SAS-M-082962-0303
SAS-M-082966-0303	SAS-M-082968-0303	SAS-M-082970-0303

TABLE DES MATIÈRES

		Page
1.	Considérations générales	6
	a) Les conclusions recherchées	6
	b) La compétence de ce Tribunal	8
	c) Questions particulières	9
	d) Réouverture du 22 août 2003	9
2.	La preuve documentaire	10
3.	Preuve disponible concernant la situation générale des requérants	12
4.	La preuve testimoniale	12
5.	Résumé des représentations des parties	13
	a) Résumé des représentations de la partie requérante	13
	b) Résumé des représentations de la partie intimée	22
1.	Les questions en litige	26
	a) La requête générale en amendement de la partie requérante	26
	b) La question à trancher	30
2.	L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés	32
	a) Considérations générales	32
	b) Principes d'interprétation de cette disposition	34
	• *Le caractère unique et particulier de l'article 23*	34
	• *L'article 23 doit être interprété en tenant compte du contexte dans lequel il fut édicté, de manière à en identifier l'objet véritable*	35
	• *Recours à la méthodologie d'interprétation en fonction de l'objet véritable*	39
	c) L'objet véritable de l'article 23	39
3.	L'avant-dernier paragraphe de l'article 73 de la *Charte de la langue française*	41
	a) Considérations générales	41
	b) Contexte factuel de l'adoption de cette disposition	42
	c) L'objectif visé par la Charte de la langue française *et par la disposition attaquée*	44

SAS-M-082972-0303	SAS-M-082976-0303	SAS-M-082978-0303
SAS-M-083184-0303	SAS-M-083186-0303	SAS-M-083188-0303
SAS-M-083192-0303	SAS-M-083194-0303	SAS-M-083198-0303
SAS-M-083236-0303	SAS-M-083424-0304	SAS-M-083426-0304
SAS-M-083432-0304	SAS-M-083436-0304	SAS-M-083620-0304
SAS-M-083726-0304	SAS-M-083728-0304	SAS-M-084856-0306
SAS-M-084858-0306	SAS-M-085046-0306	SAS-M-085878-0307
SAS-M-085880-0307	SAS-M-085944-0307	

Une décision distincte est par ailleurs rendue dans certains autres dossiers joints aux fins de ce recours, et faisant l'objet de requêtes en amendements particulières. Il s'agit des dossiers (SAS-M-) 081254-0301, 081568-0301, 081768-0302, 081918-0302, 082182-0302, 082192-0302, 082964-0303, 082974-0303, 083438-0304 et 083990-0304.

- Mahe c. Alberta, *[1990] 1 R.C.S. 342, p. 362 (onglet 8).*

14. *Au surplus, elle serait contraire à l'intention du constituant puisqu'elle élargirait sans fin la portée des droits linguistiques énoncés à l'article 23 de la* Charte canadienne *d'une manière qui ne tient pas compte de la situation linguistique particulière du français minoritaire au Canada et en Amérique du Nord.*

15. *Enfin, elle aurait pour effet direct de nier la compétence législative exclusive du Québec en éducation en contournant le principe inscrit à l'article 72 de la* Charte de la langue française *voulant qu'au Québec, l'enseignement se donne en français au primaire et au secondaire ainsi que l'objectif fondamental de celle-ci qui est notamment de favoriser l'intégration des nouveaux immigrants au système d'enseignement francophone.*

16. *Essentiellement, le Procureur général soutient donc que, dans le respect de la compétence législative exclusive du Québec en matière d'éducation, la modification apportée à l'article 73 de la* Charte de la langue française *respecte les garanties linguistiques accordées par le constituant en matière de langue d'enseignement. »*

---

1. Les questions en litige

a) *La requête générale en amendement de la partie requérante*

[38] Cette requête fut introduite par la partie requérante après la prise en délibéré du présent recours. Elle vise l'ensemble des dossiers joints en l'espèce. Elle fut contestée par le Procureur général, et fit l'objet d'une audience additionnelle de réouverture, tenue le 22 août 2003.

[39] La requête : Cette requête vise à modifier le paragraphe 4 des conclusions recherchées dans chacun des dossiers, lequel se lirait dès lors comme suit :

> « 4) *DECLARE that s. 72 of the Charter of the French Language, R.S.Q., C-11 and the following sentence in s. 3 of an* Act to Amend the Charter of the French Language *S.Q.2002, c.28 are inconsistent with s. 23(2) of the* Canadian Charter of Rights and Freedoms *and are therefore invalid in the extent of the inconsistency:*
>
> *«However, instruction in English received in Quebec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded.»*
>
> 5) *DECLARE that [nom de l'enfant ou des enfants de la partie requérante] are eligible for public instruction in English in Quebec pursuant to s. 73(2) of the* Charter of the French Language, *R.S.Q., c. C-11, notwithstanding s. 72 of the* Charter of the French Language, *R.S.Q., C-11 and s. 3 of an* Act to Amend the Charter of the French Language, *S.Q., 2002, c. 28; »*

[40] Le procureur des requérants cherche donc à étendre son argument d'incompatibilité par rapport à la Charte canadienne à une autre disposition de la Charte québécoise, – son article 72 –, c'est-à-dire la disposition énonçant le principe même de l'éducation en français au Québec.

[41] Au soutien de sa requête générale en amendement soumise à cette fin, le procureur des requérants fait valoir :

- Qu'il veut ainsi harmoniser le libellé de son énoncé des conclusions qu'il recherche en fonction de celui qu'avait retenu la Cour suprême du Canada, en 1984, dans l'affaire *Protestant School Boards*[7], qui évoquait l'effet combiné des articles 72 et 73 de la *Charte de la langue française*;

- Qu'il lui est loisible de présenter une requête en amendement à tout moment avant la prise de décision du Tribunal;

- Qu'il a soumis avec succès, en juin 2003, une requête semblable à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Casimir (Solski)*;

- L'absence, – alléguée par le Procureur général –, d'élément factuel soutenant la contestation de l'article 72 n'a pas fait obstacle, devant la Cour suprême, à la modification de ses conclusions : cette absence n'a pour effet que l'obligation de réserver au Procureur général, s'il le désire, la possibilité de soumettre une preuve à cet égard;

- Interrogé sur les raisons l'ayant conduit à ne formuler cet amendement qu'après prise en délibéré de ce recours, le procureur fait valoir que sa réflexion «a évolué» depuis la prise en délibéré du recours, et qu'il avait la «hantise» d'avoir formulé des conclusions incomplètes;

- Le procureur des requérants conteste de même l'allégation du Procureur général selon laquelle la seule contestation (déjà soumise) du nouvel avant-dernier paragraphe de l'article 73 suffisait à emporter le droit des requérants, sans aller toutefois jusqu'à admettre l'insuffisance des moyens qu'il a initialement formulés par rapport aux conclusions qu'il recherchait;

- Le procureur souligne enfin qu'il n'a pas de preuve spécifique à soumettre concernant l'incompatibilité de l'article 72 de la *Charte de la langue française* par rapport à l'article 23 (2) de la Charte canadienne. Il réitère qu'il n'invoque cette disposition qu'en raison de son «effet combiné» d'incompatibilité, selon ce qu'en retenait l'arrêt *Protestant School Boards.*

---

7 *P.G. du Québec c. Protestant School Boards,* (1984) 2 R.C.S. 66.

[42] Cette requête fut prise en délibéré par le Tribunal lors de l'audience du 22 août; les parties furent par la suite avisées, le 5 septembre 2003, du rejet de cette requête, pour des motifs à être exprimés par cette décision.

[43] Ces motifs conduisant au rejet de la requête en amendement sont les suivants :

- Il y a lieu d'abord de rappeler que la compétence exercée en l'espèce par ce Tribunal est beaucoup plus restreinte et limitée que celle relevant des tribunaux supérieurs : les soussignés n'ont pas le pouvoir de statuer, de manière générique, sur la constitutionnalité de dispositions de la *Charte de la langue française*; ils doivent vérifier s'il y a situation d'incompatibilité avec l'article 23 de la Charte canadienne et, si oui, se prononcer sur l'éventuel caractère inopérant de la disposition attaquée eu égard à la situation particulière de chacun des requérants.

  La question constitutionnelle n'a donc à être abordée par ce Tribunal que dans la mesure où c'est nécessaire pour décider du droit d'un requérant au certificat d'admissibilité qu'il réclame.

- Or le Tribunal estime que l'argumentaire initial de la partie requérante, – fondé sur l'incompatibilité entre la Charte canadienne et la modification apportée en octobre 2002 à l'article 73 de la *Charte de la langue française* –, s'il était retenu par ce Tribunal, serait à lui seul suffisant pour emporter les conclusions recherchées.

  En fait, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Protestant School Boards*, l'on doit constater qu'en l'espèce, l'article 72 de la *Charte de la langue française* paraît être sans incidence déterminante, puisque c'est à l'article 73 que l'on retrouve à la fois l'énoncé du principe du droit à l'enseignement en anglais[8], de même que la limitation à l'application de ce principe[9].

- Dans ce contexte, prendre prétexte d'un débat portant sur une disposition traitant de modalité d'application (article 73) pour s'interroger, – à titre incident –, sur la constitutionnalité de la disposition centrale de la Charte

---

8 Voir pour les cas d'espèce l'article 73, 2° de la Charte québécoise.

9 Note : C'est l'extrait attaqué, apporté par la loi modifiante depuis octobre 2002.

québécoise (l'article 72) paraîtrait contraire à la logique, puisque cette démarche reviendrait à soutenir que c'est le principal qui doit suivre l'accessoire.

De plus, une telle démarche tiendrait du jugement déclaratoire, pratique relevant des seuls tribunaux supérieurs.

- Il y a lieu de rappeler que le débat ayant donné lieu à l'audience tenue en mai devant les soussignés avait été précisément balisé : il résulte de requêtes préliminaires en jonction de recours, puis a donné lieu à une conférence préparatoire, puis à quatre journées d'audience, de même qu'à la production de représentations écrites par l'une et l'autre des parties. Or à chacune de ces étapes, l'objet du litige était précisément et clairement identifié comme se limitant au moyen fondé sur l'incompatibilité entre la Charte canadienne et le seul avant-dernier paragraphe de l'article 73 de la *Charte de la langue française.*

  Il apparaît excessif de vouloir *a posteriori*, et alors que chaque partie a pu s'exprimer à sa convenance et que le recours est en délibéré, changer entièrement la qualification du litige sur la seule foi d'une évolution dans la réflexion d'une partie et ce, d'autant plus que cette évolution a pour origine un jugement rendu 18 ans plus tôt, lequel fut du reste abondamment analysé lors de l'audience principale.

[44] C'est donc en fonction des conclusions initialement formulées par la partie requérante que ce Tribunal se prononcera en l'espèce...

b) La question à trancher

[45] La décision en cause ici s'appuie sur une version récemment modifiée de l'article 73 de la *Charte de la langue française,* et plus précisément sur la partie de cette disposition soulignée ci-après :

> *« 73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :*
>
> *1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;*
>
> *2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;*
>
> *3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;*
>
> *4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;*
>
> *5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.*
>
> *Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.*

Tribunal administratif du Québec

Section des affaires sociales

En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière

Date : 18 MAR. 2004

Dossiers : SAS-M-080320-0211 / SAS-M-083990-0304
SAS-M-085946-0307 / SAS-M-089754-0401
et SAS-Q-100285-0308

Ministère de la Justice
Direction du contentieux
REÇU LE
22 MARS 2004
MONTRÉAL

Membres du Tribunal :
Daniel Harvey
Joseph-Arthur Bergeron

MAHDIEH ZARGARAZAD
TALWINDER BINDRA
LING ZENG
MAHMOUND RAJABIAN
SYLVAIN PITRE

Parties requérantes

c.

MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION

Partie intimée

et

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Partie mise en cause

DÉCISION

En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière

[1] Les requérants contestent une décision rendue de la personne désignée par le ministre de l'Éducation qui refuse l'admissibilité de leur enfant à l'enseignement en anglais dans un établissement public ou privé subventionné.

---

[2] Les requérants ont présenté pour leur enfant une demande d'admissibilité à l'enseignement en anglais. Ils y allèguent être admissibles[1] selon la situation prévue au paragraphe 2° de l'article 73 de la Charte de la langue française[2] :

> *«73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais à la demande de l'un de leurs parents;*
>
> *(...)*
>
> *2° Les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada.»*

---

1 Sauf dans le dossier SAS-Q-100285-0308 où cette allégation n'est faite qu'au moment de l'introduction du recours.

2 L.R.Q. c. C-11.

[3] L'enseignement invoqué pour les enfants concernés est celui autorisé lors d'un séjour temporaire au Québec (article 85).

[4] La personne désignée par le ministre de l'Éducation a refusé la demande se basant sur le dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française :

> *«Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.»*

[5] Aux fins de leurs recours, les requérants opposent à ce dernier alinéa un moyen constitutionnel, soit d'être incompatible avec leur statut d'ayant droit selon l'article 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[3].

> *«15. In these proceedings, Appellant does challenge the constitutional validity of the amendment to s.73 set out in S.3 of the Act, which purports to disregard instruction in English received by the child pursuant to a special authorisation under section 85 in the determination of eligibility of the child and his/her siblings on the grounds of inconsistency with S. 23(2) of the Canadian Charter.»*

[6] Les recours ont été réunis et ont fait l'objet d'une audience conjointe. La preuve contextuelle et justificative produite dans le dossier Nguyen (SAS-M-079528-0210) préalablement entendu par le Tribunal fut déposée aux dossiers des requérants du consentement des parties.

[7] Des moyens d'irrecevabilité ont été par ailleurs soulevés par l'intimé et le mis en cause concernant deux dossiers. L'intimé et le mis en cause se sont aussi opposés à la recevabilité de la conclusion générale recherchée par les requérants concernant l'incompatibilité de l'article 72 de la Charte de la langue française.

[8] Le Tribunal reviendra sur ces questions après avoir présenté l'argumentation principale des parties.

---

3 Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada, Annexe B, (1982, R.U. c.11), ci-après la Charte canadienne.

---

[9] Les requérants demandent au Tribunal de déclarer qu'ils sont des ayants droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne. Cette prétention est ici fondamentale et emporte en quelque sorte l'issue de leurs recours.

[10] Pour une meilleure compréhension, il est dès lors utile de citer en entier l'article 23 de la Charte canadienne. :

> *«23(1) Les citoyens canadiens :*
>
> *a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,*
>
> *b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,*
>
> *ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.*
>
> *(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.*
>
> *(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruite leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :*
>
> *a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont*

> *ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur des fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;*
>
> *b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.»*

[11] Les requérants soutiennent que la première étape pour déterminer s'ils possèdent le statut d'ayant droit consiste à revenir au texte même de l'article 23(2) en s'attachant au sens ordinaire des mots. Ce faisant, on constate qu'ils répondent aux deux conditions qui y sont prévus, soit d'être citoyens canadiens et d'avoir un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction en anglais au Canada. Ils disent ainsi rejoindre le but de la garantie constitutionnelle défini comme étant de promouvoir l'enseignement au Québec dans la langue de la minorité anglophone. Ils font valoir sur ce point différentes statistiques démontrant, à leur avis, un déclin de la population scolaire anglophone au Québec. .

[12] Les requérants ajoutent que l'interprétation qu'il propose de l'article 23(2) a été retenue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Abbey[4] et qu'elle ressort des différentes versions proposées de l'article lors de sa discussion devant le Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes avant le rapatriement de la Constitution en 1982.

[13] L'intimé et le mis en cause répondent que, malgré qu'ils s'en défendent, les requérants proposent une interprétation littérale des dispositions constitutionnelles concernées en principe inapplicable. Ils ajoutent que le constituant ne peut avoir voulu accorder des droits constitutionnels à des personnes dont les enfants ont été ainsi exemptés de l'obligation de recevoir au Québec l'enseignement en français en raison d'un séjour temporaire (article 85) ou d'une situation grave d'ordre familial ou humanitaire (article 85.1). Ces exemptions, lors d'un séjour temporaire, visent les ressortissants étrangers venus au Québec pour travailler ou étudier, les citoyens canadiens ou résidents permanents domiciliés ailleurs au Canada qui y viennent pour travailler et étudier, les représentants de d'autres pays et

---

4 Abbey et al. v. Essex County Board of Education (1999), 169 D.L.R. (4th) 451.

les fonctionnaires internationaux et les membres des Forces armées canadiennes. Dans le cas des requérants, les exemptions furent accordées pour des études et l'intimé et le mis en cause soumettent qu'on est loin du concept d'ayant droit selon l'article 23 et des liens d'appartenance aux communautés linguistiques minoritaires qu'il suppose.

[14] Il est aussi clair, selon eux, que le constituant n'a pas voulu accorder un libre choix de la langue d'enseignement. Ils rappellent qu'il est important pour le Québec, de façon à assurer la survie du français, d'intégrer les immigrants à la majorité francophone, ce que vise ultimement avec d'autres mesures législatives la disposition attaquée et ce qui reste conforme à la garantie constitutionnelle de l'article 23 de la Charte canadienne, en plus de toute façon d'être justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 1).

---

[15] Pour deux dossiers, soit les dossiers SAS-Q-100285-0308 et SAS-M-083990-0304, des moyens d'irrecevabilité ont été soulevés.

[16] Le dossier SAS-Q-100285-0308 concerne un membre des Forces armées canadiennes. La décision contestée a été rendue le 5 août 2003. Elle vise l'enfant Katia pour qui une demande d'exemption fut présentée le 9 mai 2003. Katia complétait alors sa deuxième année du primaire dans une école publique anglaise en vertu d'une exemption obtenue vu le statut de membre des Forces armées canadiennes de son père affecté de façon temporaire au Québec. Elle avait aussi complété sa première année du primaire à la même école dans les mêmes conditions. La décision contestée refuse l'exemption demandée au motif qu'aucun des paragraphes de l'article 73 de la Charte de la langue française ne s'applique en ajoutant que le requérant est maintenant retraité des Forces armées canadiennes.

[17] Aux fins de son recours, le requérant invoque avoir droit à l'exemption parce que visé au paragraphe 2° de l'article 73. Il demande aussi que son autre fille Patricia soit déclarée admissible, laquelle a complété sa

première année du primaire (2002-2003) à l'école publique anglaise et y poursuit actuellement sa deuxième année (2003-2004).

[18] L'intimé et le mis en cause sont d'avis que le Tribunal n'a ici aucune compétence d'appel concernant l'enfant Patricia. Ils font aussi valoir qu'il ne s'agit pas d'un dossier où le dernier alinéa de l'article 73 s'applique. De plus, le témoignage du requérant révèle qu'alors qu'il était membre des Forces armées canadiennes, il était en poste au Québec ayant plutôt séjourné temporairement hors de la province à des fins de formation. Le requérant a de plus pris sa retraite des Forces armées canadiennes en avril 2001.

[19] Le requérant réplique que l'article 23(2) de la Charte canadienne lui donne un droit à l'instruction en anglais pour tous ses enfants et qu'il peut par ailleurs actualiser son dossier devant le Tribunal invoquant une situation ou question qui n'a pas été abordée devant la personne désignée par le ministre.

[20] Le dossier SAS-M-083990-0304 est par ailleurs celui d'un requérant citoyen canadien qui a produit le 6 février 2003 une demande d'admissibilité à l'enseignement en anglais concernant son fils Satbir. Le requérant a invoqué devant la personne désignée l'enseignement reçu en anglais par Satbir dans une école privée non subventionnée. La décision rendue le 4 mars 2003 refuse la demande mentionnant qu'il n'est pas tenu compte de cet enseignement selon l'avant-dernier alinéa de l'article 73.

[21] Le recours concernant cette décision a été introduit devant le Tribunal le 29 avril 2003. Il a été entendu par le Tribunal avec d'autres dossiers de même nature et fait l'objet d'une décision le 13 novembre 2003. Entre-temps, le requérant avait voulu ajouter au dossier l'incidence de la situation d'un autre enfant, soit celle de sa fille Jessica.

[22] L'admissibilité de Jessica à l'enseignement en anglais a d'abord été refusée par décision du 31 octobre 2002. Cette admissibilité fut cependant plus tard (29 janvier 2003) acceptée pour un motif de situation grave d'ordre familial ou humanitaire (article 85.1). La décision rendue par le Tribunal le 13 novembre 2003 renvoie cette question pour audience devant la présente formation réservant aux parties tous leurs droits la concernant.

[23] L'intimé et le mis en cause soulèvent que le Tribunal n'a ici aucune compétence d'appel concernant l'enfant Jessica.

[24] Le requérant répond en invoquant les mêmes motifs que ceux soulevés dans le dossier SAS-Q-100285-0308.

---

[25] Le dernier moyen d'irrecevabilité présenté par l'intimé et le mis en cause est général à tous les dossiers. Aux fins de leur recours, les requérants demandent en effet au Tribunal de déclarer incompatible à leur statut d'ayant droit selon l'article 23 de la Charte canadienne non seulement le dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française mais aussi son article 72 :

> *«L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.*
>
> *Cette disposition vaut pour les organismes scolaires au sens de l'Annexe et pour les établissements d'enseignements privés agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) en ce qui concerne les services éducatifs qui font l'objet d'un agrément.*
>
> *Le présent article n'empêche pas l'enseignement en anglais afin d'en favoriser l'apprentissage, selon les modalités et aux conditions prescrites dans le Régime pédagogique établi par le gouvernement en vertu de l'article 447 de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3).»*

[26] Cette disposition établit le principe de l'enseignement en français au Québec dans les classes maternelles et dans les écoles primaires et secondaires dans les établissements publics ou privés subventionnés.

[27] L'article 73 prévoit cependant ce qui suit :

«73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pouvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

> *Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.»*

[28] L'intimé et le mis en cause rappellent au départ le pouvoir général limité du Tribunal quant aux questions constitutionnelles. Ils ajoutent que le Tribunal peut ici disposer entièrement du litige dont il est saisi en examinant la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article 73 lu en conjonction avec le paragraphe 2° du même article qui prévoit l'admissibilité à l'enseignement en anglais des personnes visées. Ils concluent que l'article 72 et le principe qu'il consacre n'ont en outre pas fait l'objet d'une argumentation spécifique des requérants.

[29] Les requérants répondent qu'ils attaquent aussi la constitutionnalité de l'article 72 en raison de l'obligation de faire une lecture combinée des deux articles, l'article 73 devenant l'exception au principe établi à l'article qui le précède.

---

[30] Le Tribunal va d'abord disposer, comme il se doit, des moyens préliminaires d'irrecevabilité.

[31] Dans le dossier SAS-Q-100285-0308, la preuve entendue soulève une objection fondamentale. Cette preuve révèle en effet que le requérant n'est plus membre des Forces armées canadiennes depuis le mois d'avril 2001 et qu'il n'a pas informé le ministre de l'Éducation de cette situation. L'enseignement invoqué aux fins de la prétention soulevée devant le Tribunal d'être visé au paragraphe 2° de l'article 73 de la Charte de la langue française ou d'être un ayant droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne, qui est celle des années 2001-2002 et 2002-2003 pour l'enfant Katia, provient donc d'une admissibilité qui est nulle (article 77).

[32] Ce seul motif emporte, selon le Tribunal, le rejet du recours dans ce dossier.

[33] Dans le dossier SAS-M-083990-0304, le Tribunal considère qu'il n'a aucune compétence d'appel pour se prononcer sur l'admissibilité à l'enseignement en anglais de l'enfant Jessica. Le requérant ne lui demande pas précisément de le faire mais il veut, semble-t-il, invoquer la situation de Jessica à l'appui de l'admissibilité de son fils Satbir. Il ne peut cependant le faire autrement que dans le cadre de l'ensemble de l'article 73, y compris son dernier alinéa quant à la situation de Jessica, ce qui ne lui est d'aucun secours au niveau de l'admissibilité de Satbir. Il ne peut en particulier ouvrir un nouveau débat constitutionnel quant à Satbir concernant le dernier alinéa de l'article 73 qui ne s'applique pas à cet enfant. L'admissibilité de Satbir à l'enseignement en anglais au niveau du Tribunal a été décidée le 13 novembre 2003 et le recours soulevé à nouveau le concernant est dans cette mesure irrecevable.

[34] Il reste donc trois dossiers dont le Tribunal va maintenant disposer. Ces trois dossiers concernent des situations où l'enseignement invoqué à l'appui de la prétention des requérants fut reçu lors d'une exemption pour un séjour temporaire à des fins d'étude.

[35] Le Tribunal constate que, s'il retient la prétention des requérants sur leur statut d'ayant droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne, il devra conclure que le dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française est incompatible avec ce statut et ne peut être invoqué à leur endroit. Il s'ensuit que leur enfant sera admissible à l'enseignement en anglais demandé selon le paragraphe 2° de l'article 73, ce qui aura pour effet de disposer entièrement de la demande présentée[5].

[36] Il n'est donc pas nécessaire, de l'avis du Tribunal, d'adopter ici une conclusion sur la constitutionnalité de l'article 72 de la Charte de la langue française. Il faut éviter d'aborder des questions aussi importantes que celles menant à des déclarations d'inconstitutionnalité ou d'incompatibilité de dispositions législatives ou réglementaires inutilement ou sans les rattacher à des situations factuelles précises pouvant délimiter la véritable mesure de l'atteinte alléguée aux droits constitutionnels concernés.

[37] Cette précaution est encore plus valable dans le cadre des pouvoirs généraux limités sur ces questions qui sont ceux du Tribunal. L'article 72 est

---

5 Sauf quant au dossier SAS-M-080320-0211 où il sera alors nécessaire d'examiner le bien-fondé du motif de refus particulier invoqué par la personne désignée sur la majeure partie de l'enseignement reçu.

en outre en l'espèce d'une grande portée et sa contestation constitutionnelle suppose une preuve et un débat d'une ampleur bien différente de ceux dont nous sommes saisis.

---

[38] Qu'en est-il maintenant de la solution à donner au débat principal. Les requérants ont-ils, de part l'enseignement reçu ou que reçoit leur enfant en anglais en vertu d'une exemption pour séjour temporaire, un statut d'ayant droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne qui rend incompatible à leur endroit l'application du dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française?

[39] L'article 23 de la Charte canadienne consacre de façon constitutionnelle des droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il représente à ce titre un ensemble unique de dispositions particulier au Canada[6].

[40] L'interprétation de l'article se fait dans son ensemble et doit tenir compte du fait que le législateur constituant connaissait et avait à l'esprit en l'adoptant le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue d'enseignement par les diverses provinces du Canada, dont son historique et son évolution[7].

[41] La méthode d'interprétation à employer est celle de la recherche de l'objet véritable des garanties constitutionnelles visées et non celle d'une interprétation littérale et isolée d'une partie de l'article.

[42] Cet objet est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent favorisant leur épanouissement, dans la mesure du possible, dans les provinces où la langue concernée n'est pas parlée par la majorité.

---

6 P.G. du Québec c. Protestant School Boards, (1984) 2 R.C.S. 66, p. 79.

7 Ibid., p. 79.

> *«L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans les deux langues partout au Canada[8].»*

[43] Dans une affaire rapportée à 2001 TAQ 50[9], le Tribunal a conclu que des parents francophones, qui invoquaient l'enseignement reçu par leur enfant dans une école privée non subventionnée, n'appartenaient pas à la minorité anglophone du Québec ne pouvant ainsi se qualifier à titre d'ayant droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne. La même conclusion fut retenue dans des dossiers regroupés (SAS-M-079528-0210 et autres) le 11 novembre 2003 à l'égard de parents francophones ou allophones qui invoquaient aussi pareil enseignement. La disposition attaquée était alors l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française mais les arguments soumis quant au statut d'ayant droit étaient pratiquement les mêmes que dans les présents dossiers.

[44] Le Tribunal considère qu'il doit adopter une conclusion semblable quant aux requérants qui invoquent cette fois leur statut d'ayant droit à l'encontre du dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française.

[45] Les requérants sont citoyens canadiens depuis une date récente. Ils n'ont pas reçu leur instruction au niveau primaire en anglais au Canada mais sont venus au Québec lors d'un séjour temporaire. Ils venaient de Chine et de l'Iran et ont pu voir leur enfant être exempté de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française et recevoir l'enseignement en anglais parce que détenant un certificat d'acceptation ou un permis de séjour pour étudiant délivré à des ressortissants étrangers. Ils ont ensuite décidé d'immigrer au pays et sont depuis devenus citoyens canadiens. Ils n'ont finalement pas de lien avec la minorité anglophone du Québec et ne peuvent prétendre au statut d'ayant droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne.

[46] La décision rendue par le Tribunal le 11 novembre 2003 dans le dossier SAS-M-079528-0210 fut celle d'une formation élargie en raison de la complexité ou de l'importance de l'affaire. Cette décision est très élaborée et

---

8 Mahé c. Alberta, (1990) 1 R.C.S. 342, p. 362.

9 Requête en révision judiciaire et jugement déclaratoire toujours pendante en Cour supérieure.

répond à chacun des arguments soumis. Le Tribunal réfère les parties à cette réponse qu'il fait sienne aux fins des présents recours[10].

[47] Cette décision a depuis fait l'objet d'un bref d'évocation en Cour supérieure où l'affaire est cependant toujours pendante.

[48] Il faut entre-temps s'en remettre à la réponse donnée par le Tribunal recherchant le niveau élevé de cohérence qui doit être celui de ses décisions[11], d'autant que cette réponse est aussi celle de la Cour d'appel dans l'arrêt Solski[12].

[49] Les dispositions relatives aux droits constitutionnels linguistiques en matière de langue d'enseignement de l'article 23 de la Charte canadienne peuvent prêter à interprétation[13]. Les droits qui y sont énoncés sont tout de même garantis à des catégories bien particulières de personnes[14] envers qui on a parlé de mesures réparatrices[15]. Il s'agit de droits transmissibles. Toute disposition législative d'une province qui porte atteinte à ces droits peut être invalidée. Les provinces conservent cependant leur compétence en matière d'éducation et peuvent l'utiliser pour accorder d'autres droits quant à la langue d'enseignement qu'elles peuvent par ailleurs ensuite modifier ou abroger. L'argument voulant que, ce faisant, les personnes à qui ces droits sont accordés deviennent ainsi des ayants droit au sens des droits constitutionnels premiers apparaît d'une certaine façon circulaire et ne peut, de l'avis du Tribunal, selon toute logique être retenu.

[50] L'intimé et le mis en cause proposent avec raison que l'interprétation de l'article 23(2) des requérants conduit au libre choix de la langue d'enseignement. Lors de l'adoption de la Charte canadienne en 1982, le législateur constituant savait que le régime juridique au Québec concernant la langue d'enseignement dans un établissement public ou privé subventionné avait évolué d'une situation de libre choix à celle du principe de l'enseignement en français. S'il a voulu, comme l'ont unanimement reconnu

---

10 Voir en particulier les paragraphes 90, 103, 104, 105, 108, 118, 124, 152, 156, 160, 168, 175, 178, 183, 187, 188, 189, 190, 192 et 199 de la décision.

11 Loi sur la justice administrative, L.R.Q. c.J-3, article 75,1°.

12 La Procureure générale du Québec c. Cezary Solski et Edwidge Casimis, (2002) R.J.Q. 1285 – permission d'appeler accordée en Cour suprême du Canada.

13 Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of parents for fairness in education, (1986) 1 R.C.S. 549, p. 578.

14 P.G. du Québec c. Protestants School Boards, note 6, p. 86.

15 Re : Loi sur les écoles publiques (Man.), (1993) 1 R.C.S. 839, p. 850, 851.

les tribunaux supérieurs dans l'affaire Protestant School Boards, élargir les exceptions prévues à ce principe, il n'en a pas pour autant écarté l'application générale.

[51] Pour tous ces motifs, les recours sont rejetés.

Daniel Harvey
DANIEL HARVEY

JOSEPH-ARTHUR BERGERON

Me Brent D. Tyler
Procureur des requérants

Me Benoît Belleau et Me Francis Demers
Procureurs des parties intimé et mis en cause

/cs

18 MAR. 2004

COPIE CERTIFIÉE CONFORME
MONTRÉAL, LE:
18 MARS 2004
pour
Secrétaire du Tribunal

[2005] R.J.Q. 1039 à 1055

Cour supérieure

T... B... et un autre,
requérants, c.
TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DU QUÉBEC, intimé,
et MINISTRE DE L'ÉDUCATION
et autres, mis en cause*

ÉDUCATION — confessionnalité et langue — admissibilité à l'enseignement en anglais — citoyen canadien — autorisation en vertu de l'article 85 de la Charte de la langue française *— séjour temporaire — statut d'ayant droit en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la* Charte canadienne des droits et libertés *— contestation de la validité des dispositions de l'article 73 alinéa 3 de la* Charte de la langue française.

DROITS ET LIBERTÉS — droits économiques et sociaux — éducation — langue d'enseignement — admissibilité à l'enseignement en anglais — citoyen canadien — statut d'ayant droit en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la Charte canadienne des droits et libertés.

CONSTITUTIONNEL (DROIT) — langue — langue d'enseignement — admissibilité à l'enseignement en anglais — statut d'ayant droit en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la Charte canadienne des droits et libertés *— intention du constituant — contestation de la validité des dispositions de l'article 73 alinéa 3 de la* Charte de la langue française.

ADMINISTRATIF (DROIT) — contrôle judiciaire — cas d'application — Tribunal administratif du Québec — admissibilité à l'enseignement en anglais — validité constitutionnelle de l'alinéa 3 de l'article 73 de la Charte de la langue française *— norme de contrôle — décision correcte.*

Demande de révision judiciaire de décisions rendues par le Tribunal administratif du Québec (TAQ) ayant eu pour effet de refuser l'admissibilité à l'enseignement en anglais. Rejetée.

Les requérants sont des citoyens canadiens domiciliés au Québec. L'un est immigrant, l'autre est un Québécois francophone. Le premier s'est vu refuser le certificat d'admissibilité de son enfant à l'école anglaise au motif que l'enseignement reçu en anglais dans un établissement d'enseignement privé au Québec n'est plus générateur de droits depuis l'entrée en vigueur de l'alinéa 2 de l'article 73 de la Charte de la langue française. *La demande du second, se fondant sur l'enseignement autorisé en vertu de l'article 85 de la* Charte de la langue française *et reçu à l'occasion d'un séjour temporaire, a également été rejetée au motif que, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 73 de la charte, l'on ne doit pas tenir compte de l'enseignement reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1. Ces décisions ont été contestées devant le TAQ, qui a jugé les appels irrecevables et a rejeté, le 18 mars 2004, l'argument constitutionnel voulant que l'alinéa 3 de l'article 73 de la charte soit incompatible avec l'article 23 paragraphe 2 de la* Charte canadienne des droits et libertés, *comme l'avait fait une autre formation du TAQ, le 11 novembre 2003, relativement à l'avant-dernier alinéa du même article. Les requérants ont demandé la révision judiciaire des décisions rendues le 18 mars 2004. Ils soutiennent que le TAQ a refusé de reconnaître leur qualité d'ayant droit en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la charte canadienne et ils réitèrent leurs arguments relativement à l'incompatibilité de l'alinéa 3 de l'article 73. Selon eux, ils répondent aux deux seules conditions : ils sont citoyens canadiens et ont un enfant qui a reçu ou qui reçoit son instruction en anglais au Canada.*

Juge Michèle Monast — C.S. Montréal 500-17-020257-047, 2004-12-23 — *Me Brent D. Tyler*, pour les requérants — *Me Nancy Béliveau*, pour l'intimé — *Me Benoit Belleau* et *Me Francis Demers*, pour les mis en cause.

Réf. ant. : (T.A.Q., 2004-03-18), SOQUIJ AZ-50232126, T.A.Q.E. 2004AD-50, [2004] T.A.Q. 198.

Suivi : Requête pour permission d'appeler accueillie quant à T.B. seulement (C.A., 2005-06-20), 500-09-015326-051, 2005 QCCA 635, SOQUIJ AZ-50319499.

SOQUIJ AZ-50288298
J.E. 2005-683

Décision

Selon une approche pragmatique et fonctionnelle, il convient de souligner que le législateur a choisi d'instituer un tribunal administratif qui aurait compétence pour statuer sur tous les recours formés contre une autorité administrative, à l'exclusion de tout autre tribunal. Cette compétence exclusive, combinée à la clause privative prévue à l'article 158 de la Loi sur la justice administrative, *indique clairement qu'il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue judiciaire à l'égard des décisions sujettes à la révision judiciaire. De plus, la jurisprudence a établi qu'il s'agissait d'une institution spécialisée ayant le pouvoir de trancher toute question nécessaire à l'exercice de sa compétence et de se prononcer sur toute question constitutionnelle, si nécessaire. En l'espèce, il faut distinguer les décisions préliminaires rendues par le TAQ dans les dossiers des requérants de celles rendues dans l'ensemble des autres dossiers. Les décisions du TAQ relatives aux moyens préliminaires invoqués à l'encontre des appels des requérants étaient au cœur de l'exercice de sa compétence, n'étaient pas déraisonnables et il n'y a pas lieu d'intervenir. Toutefois, comme les requérants invoquent une atteinte à leurs droits protégés par la charte canadienne, il est nécessaire d'examiner le moyen de droit portant sur la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte. Lorsque le TAQ se prononce sur une question constitutionnelle, particulièrement lorsqu'il s'agit de la charte canadienne, ses décisions sont susceptibles de révision judiciaire sur simple erreur de droit et la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. En l'espèce, le raisonnement de la Cour est le même que celui suivi par le TAQ dans* H.H.N. c. Québec (Ministre de l'Éducation), *(T.A.Q., 2003-11-11), SOQUIJ AZ-50210536, T.A.Q.E. 2003AD-312, [2003] T.A.Q. 975 (rés.). Comme dans cette affaire, le TAQ a tenu compte du caractère unique et particulier de l'article 23 de la charte canadienne et de l'objectif poursuivi par le législateur canadien lors de son adoption ; il a favorisé une interprétation téléologique de la loi. Après avoir examiné la preuve contextuelle et justificative qui a mené à la modification de l'article 73 de la charte et à l'introduction de l'alinéa 2, il a conclu que la modification relevait de la compétence législative provinciale et qu'elle était cohérente avec les objectifs poursuivis relativement à la protection des droits collectifs de la majorité francophone, sans compromettre les droits de la minorité anglophone. Pour appliquer l'article 73 de la charte, il faut analyser le parcours scolaire de l'enfant ou de ses parents pour savoir si l'un ou l'autre a reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada. Dans ce cas, il sera admissible à l'école publique anglaise, ainsi que le prévoit l'article 23 paragraphe 2 de la charte canadienne. Le législateur québécois a prévu qu'un enfant pouvait également être admissible dans certaines circonstances, même s'il ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 73. C'est le cas des enfants qui séjournent temporairement au Québec et de ceux qui vivent une situation grave d'ordre familial ou humanitaire. La charte n'interdit pas l'admissibilité à l'enseignement en anglais s'il est reçu dans une école privée non subventionnée. La modification de l'article 73 vise à éviter que la fréquentation scolaire ne soit invoquée pour qualifier des personnes qui ne sont pas des ayants droit en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la charte canadienne ou des personnes visées par l'article 73 et les rendre admissibles à l'école anglaise. L'alinéa 3 de l'article 73 n'est pas incompatible avec l'article 23 paragraphe 2 de la charte canadienne, et le TAQ a rendu une décision correcte en reconnaissant la validité de son alinéa 3.*

Législation citée

Charte canadienne des droits et libertés dans *Loi de 1982 sur le Canada* (L.R.C. 1985, app. II, nº 44, annexe B, partie I), art. 23, 23 paragr. 1 *b)*, 23 paragr. 2, 24 — *Charte de la langue française* (L.R.Q., c. C-11), art. 72, 73, 73 al. 2, 73 al. 3, 76, 81, 83.4, 85, 85.1, 86.1 — *Justice administrative (Loi sur la)*, (L.R.Q., c. J-3), art. 14, 15, 17, 24, 25, 112, 158, annexe I art. 3, annexe I art. 3 paragr. 2.1 — *Exemption de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française qui peut être accordée aux enfants séjournant au Québec de façon temporaire (Règlement sur l')*, Décret 608-97 du 07-05-1997, (1997) 129 G.O. II 2630.

Jurisprudence citée

Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan (C.S. Can., 2003-04-03), 2003 CSC 20, SOQUIJ AZ-

50169036, J.E. 2003-713, [2003] 1 R.C.S. 247, [2003] A.C.S. No. 17 (Q.L.) ; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble* (C.S. Can., 2003-05-16), 2003 CSC 28, SOQUIJ AZ-50174949, J.E. 2003-967, [2003] 1 R.C.S. 476 ; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, (C.S., 2000-11-14), SOQUIJ AZ-50080771, J.E. 2000-2215, [2000] R.J.Q. 2973 ; *H.H.N. c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, (T.A.Q., 2003-11-11), SOQUIJ AZ-50210536, T.A.Q.E. 2003AD-312, [2003] T.A.Q. 975 (rés.) ; *Mahe c. Alberta* (C.S. Can., 1990-03-15), SOQUIJ AZ-90111022, J.E. 90-475, [1990] 1 R.C.S. 342, 68 D.L.R. (4th) 69, 106 A.R. 321, [1990] 3 W.W.R. 97, 72 Alta. L.R. (2d) 257, 46 C.R.R. 193, 105 N.R. 321 ; *Nguyen c. Tribunal administratif du Québec* (C.S., 2004-08-06), SOQUIJ AZ-50264496 ; *Okwuobi c. Québec (Procureur général)*, (C.A., 2002-05-15), SOQUIJ AZ-50127082, J.E. 2002-940, [2002] R.J.Q. 1278, R.E.J.B. 2002-31833 ; *P.G. du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards* (C.S. Can., 1984-07-26), SOQUIJ AZ-84111035, J.E. 84-625, [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4th) 321, 9 C.R.R. 133, 54 N.R. 196 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (C.S. Can., 1998-06-04), SOQUIJ AZ-98111064, J.E. 98-1298, [1998] 1 R.C.S. 982, [1998] 1 R.C.S. 1222, L.P.J. 98-0512, 160 D.L.R. (4th) 193, 226 N.R. 201, 43 Imm. L.R. (2d) 117, 11 Admin. L.R. (3d) 1 ; *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal* (C.A., 2001-09-05), SOQUIJ AZ-50099903, J.E. 2001-1710, D.T.E. 2001T-914, [2001] R.J.Q. 2058, [2001] J.Q. No. 3882 (Q.L.), JEL/2001-396 (Q.L.), R.E.J.B. 2001-25633 ; *Québec (Procureure générale) c. Solski* (C.A., 2002-05-15), SOQUIJ AZ-50127119, J.E. 2002-1008, [2002] R.J.Q. 1285, R.E.J.B. 2002-31838.

JUGEMENT

[1] Les requérants sont des citoyens canadiens. Ils sont tous les deux domiciliés au Québec. T... B... (« B... ») est un immigrant. S... P... (« P... ») est un Québécois francophone. Ils souhaitent faire exception à la règle prescrite par l'article 72 de la *Charte de la langue française* [1] (« la charte québécoise ») et faire instruire leurs enfants à l'école anglaise plutôt qu'à l'école française.

[2] Ils demandent la révision judiciaire des décisions rendues par le Tribunal administratif du Québec (le « TAQ ») le 18 mars 2004, qui ont eu pour effet de rejeter leurs demandes et de refuser à leurs enfants le certificat d'admissibilité requis pour qu'ils puissent fréquenter l'école anglaise.

Le contexte du litige

[3] B... a demandé un certificat d'admissibilité pour son fils Sa... La personne désignée a refusé de lui délivrer le certificat demandé au motif que l'enfant avait reçu son enseignement en anglais dans un établissement d'enseignement privé au Québec et que ce type d'enseignement n'était plus générateur de droits depuis l'entrée en vigueur de certains amendements à la charte québécoise.

[4] L'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise prévoit en effet qu'il n'est pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions pour déterminer l'admissibilité d'un enfant à l'école publique anglaise.

[5] B... a contesté cette décision auprès du TAQ. Dans son avis d'appel, il a plaidé qu'il était un ayant droit en vertu de l'article 23 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [2] (« la charte canadienne ») et que l'article 73 de la charte québécoise ne pouvait avoir pour effet de restreindre ses droits constitutionnels garantis.

[6] Cet appel a été entendu par une formation élargie du TAQ en même temps que d'autres dossiers dans lesquels la même question constitutionnelle était soulevée quant à la validité de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise.

[7] Après l'audition devant le TAQ, B... a amendé ses procédures et a soulevé de nouveaux moyens au soutien de sa demande. Il a plaidé que la fréquentation scolaire de sa fille rendait son fils admissible à l'école anglaise parce qu'elle avait reçu la majeure partie de son enseignement au primaire et au secondaire en an-

(1) L.R.Q., chapitre C-11.

(2) Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) ».

glais et qu'elle fréquentait l'école anglaise publique suite à l'obtention d'une autorisation particulière délivrée en vertu de l'article 85.1 de la charte québécoise.

[8] Or, le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise prévoit qu'il n'est pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec en application d'une autorisation particulière ou d'une exemption spéciale accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1 de la loi lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité d'un enfant à l'école anglaise. B... a en conséquence plaidé que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise était inopérant et sans effet parce qu'il était incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[9] Cette nouvelle question constitutionnelle a été référée à une autre formation du TAQ qui en a disposé le 18 mars 2004.

[10] Le 11 novembre 2003, le TAQ a conclu que l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise n'était pas incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'affaire *Nguyen* (3).

[11] Cette décision a fait l'objet d'une demande de révision judiciaire et le jugement qui a rejeté la requête fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour d'appel (4).

[12] Le 18 mars 2004, le TAQ a jugé que le recours de B... était irrecevable en droit et il a rejeté l'appel au stade préliminaire. Puis, il a examiné la seconde question constitutionnelle soulevée à l'égard de l'article 73 de la charte québécoise dans le cadre des autres dossiers dont il était saisi et il a reconnu la compatibilité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise avec l'article 23 (2) de la charte canadienne, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés précédemment dans l'affaire *Nguyen* (5).

[13] B... demande la révision judiciaire de ces décisions. Il allègue que le fait d'avoir rejeté son recours pour des motifs d'irrecevabilité est déraisonnable et que le fait pour le TAQ d'avoir omis d'examiner l'admissibilité de sa fille à l'école anglaise pour déterminer le bien-fondé de sa demande équivaut à un refus d'exercer sa juridiction. Il plaide également que la décision du TAQ sur la question constitutionnelle soulevée à l'égard du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est mal fondée en droit.

[14] Il soulève les mêmes arguments que ceux présentés devant le TAQ. Il plaide qu'il est un ayant droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne et que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est incompatible avec cette disposition.

[15] Il précise qu'il était légitime pour lui d'amender ses procédures et d'invoquer de nouveaux moyens de droit au soutien de la demande de certificat d'admissibilité pour son fils vu la décision rendue le 11 novembre 2003 dans l'affaire *Nguyen*. Il plaide que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et qu'il est sans effet.

[16] Le ministre de l'Éducation et le procureur général du Québec contestent la requête. Ils représentent que le TAQ a agi dans les limites de sa juridiction et que sa décision n'est pas manifestement déraisonnable.

[17] Ils plaident que la décision rendue par le TAQ sur la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est étrangère aux procédures qui ont été instituées dans le présent dossier et que l'appel logé par B... a été rejeté pour des motifs d'irrecevabilité. Subsidiairement, ils plaident qu'il n'y a pas lieu pour le Tribunal de réviser cette décision parce que les conclusions du TAQ sont bien fondées en droit et que la décision est correcte.

•

[18] S... P... est également requérant en révision judiciaire. Il demande au Tribunal d'annuler la décision rendue par le TAQ le 18 mars 2004 et de déclarer que ses filles, K... et P..., ont le droit de recevoir leur enseignement en anglais dans une école publique au Québec.

[19] Il plaide que ses enfants ont reçu la majeure partie de leur enseignement en anglais au Québec suite à l'obtention d'une exemption spéciale délivrée en vertu de l'article 85 de la charte québécoise en raison

(3) *H.H.N. c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, TAQ SAS-M-079528-0210, 11-11-2003.

(4) *Nguyen c. Tribunal administratif du Québec*, C.S. Mtl nº 500-17-018442-031, 6 août 2004 (J. Mass).

(5) *M.Z. c. Québec (Ministère de l'Éducation)*, TAQ SAS-M-083990-0304 et autres, 18 mars 2004.

de son statut de membre des Forces armées canadiennes et de leur séjour temporaire au Québec.

[20] Lorsqu'il a demandé le renouvellement de cette exemption pour l'une de ses filles, sa demande a été refusée par la personne désignée parce qu'il ne rencontrait pas les conditions d'éligibilité prescrites par l'article 85 de la loi et par le *Règlement sur l'exemption de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française qui peut être accordée aux enfants séjournant au Québec de façon temporaire* (6) (« le règlement »).

[21] Il a contesté cette décision auprès du TAQ. Dans son avis d'appel, il a plaidé que sa fille K... était admissible à l'école anglaise parce qu'elle avait reçu la majeure partie de son enseignement en anglais et qu'il était un ayant droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne. Il a soulevé l'incompatibilité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et a souligné son caractère inopérant. Il a demandé au TAQ de constater que cette disposition était sans effet à l'égard de ses enfants et de déclarer qu'elles étaient admissibles à l'école anglaise.

[22] Le 18 mars 2004, le TAQ a jugé cet appel irrecevable parce que la preuve a révélé que P... n'était plus membre des Forces armées canadiennes depuis 2001 et qu'à l'époque où il était membre des Forces, ses enfants ne séjournaient pas de manière temporaire au Québec. Dans ces circonstances, le TAQ a jugé que les exemptions accordées à ses enfants étaient nulles et qu'elles ne pouvaient être génératrices de droit.

[23] Le même jour, le TAQ s'est prononcé sur la question constitutionnelle soulevée à l'égard du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise dans le but de disposer des recours intentés dans d'autres dossiers qui soulevait la même question et il a reconnu la validité de cet article.

[24] P... allègue que le fait d'avoir rejeté son recours sans se prononcer sur la question constitutionnelle soumise était déraisonnable dans les circonstances. Il demande au Tribunal d'annuler la décision rendue et de déclarer que ses enfants ont le droit de recevoir leur enseignement en anglais au Québec dans une école publique.

(6) R.R.Q., c. C.-11, r. 4.4.

[25] Le ministre de l'Éducation et le procureur général du Québec contestent la requête. Ils représentent que le TAQ a agi dans les limites de sa juridiction et que sa décision de rejeter l'appel au motif qu'il était irrecevable n'était pas manifestement déraisonnable.

[26] Quant à la question constitutionnelle soulevée à l'égard de la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise, ils plaident que la décision rendue par le TAQ est étrangère aux procédures qui ont été instituées par P... dans ce dossier. Subsidiairement, ils ajoutent qu'il n'y a pas lieu pour le Tribunal de la réviser parce qu'elle est bien fondée en droit et qu'il s'agit d'une décision correcte.

•

[27] L'audition de la requête en révision a eu lieu en septembre 2004. Lors de l'audition, le Tribunal a été saisi d'une requête pour ordonnance de sauvegarde dans le dossier de P... vu l'imminence de la rentrée scolaire et le manque de ressources du requérant. Un premier jugement a donc été rendu le 23 septembre 2004 pour disposer de cette demande. L'ordonnance de sauvegarde recherchée a été refusée.

[28] Il reste maintenant au Tribunal à décider du mérite de la requête dans chacun de ces dossiers. Le fait que les procédures visent deux cas différents et que plusieurs décisions ont été rendues par le TAQ dans ces dossiers et dans des affaires connexes est susceptible de créer une certaine confusion. Il est utile d'examiner les faits et les procédures de manière plus détaillée dans chacun des dossiers pour bien saisir les prétentions des parties et mieux comprendre le litige.

Les faits et les procédures

Le dossier B...

[29] T... B... (« B... ») est le père de J... et de Sa... B...

[30] J... est née le [...] 1990. Elle a fait ses études primaires en anglais dans un établissement d'enseignement privé non agréé.

[31] En octobre 2002, B... a demandé que J... soit déclarée admissible à fréquenter l'école anglaise pour y faire ses études secondaires. Cette demande a été refusée au motif que l'enseignement en anglais reçu dans une institution d'enseignement privée ne pouvait plus être considéré pour les fins de l'application de

l'article 73 (2) de la charte québécoise suite à l'entrée en vigueur de l'article 3 du chapitre 28 des lois du Québec de 2002 :

> I regret to inform you that the proof required to confirm the child right to receive instruction in English has not been established. Our reason to refuse eligibility to your child is as follows:
>
> In virtue of the dispositions of the Charter of the French Language, instruction received in Quebec, in a private non-funded schools (*sic*), cannot be accounted for in the application of section 73.2. (7).

[32] B... a contesté cette décision devant le TAQ. Dans son avis d'appel, il a contesté la validité des modifications apportées à l'article 73 de la charte québécoise par cette loi :

> 20. In these proceedings, Appellant *does* challenge the constitutional validity of the amendment to s. 73 CFL set out in s. 3 of the Act, which purports to disregard "instruction in English received in Quebec in a private educational institution" in the determination of eligibility of the child and his/her siblings on the grounds of inconsistency with s. 23(2) of the Canadian Charter (8).

[33] À la même époque, il a présenté une demande pour que J... soit déclarée admissible à l'école anglaise pour des motifs d'ordre familial et humanitaire en vertu de l'article 85.1 de la charte québécoise.

[34] En janvier 2003, une autorisation particulière a été délivrée par le ministre de l'Éducation pour autoriser J... à recevoir son enseignement en anglais au Québec.

[35] Sa... est né le [...] 1995. Depuis septembre 2001, il reçoit son enseignement en anglais dans un établissement d'enseignement privé non agréé. Il a complété sa première, deuxième et troisième année et a entrepris récemment sa quatrième année dans le même établissement.

[36] En février 2003, B... a demandé un certificat d'admissibilité pour son fils Sa... Sa demande a été refusée par la personne désignée au motif que l'enseignement reçu par Sa... dans un établissement privé non agréé ne pouvait plus être considéré pour déterminer son admissibilité à l'école anglaise :

> I regret to inform you that the proof required to confirm the child right to receive instruction in English has not been established. Our reason to refuse eligibility to your child is as follows:
>
> In virtue of the dispositions of the Charter of the French Language, instruction in English received in Quebec, in a private educational institution not accredited for the purpose of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, is disregarded for in (*sic*) the application of section 73 (9).

[37] B... a contesté ce refus devant le TAQ. Il a plaidé qu'il était un ayant droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne. Il a soulevé l'inconstitutionnalité de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise, comme il l'avait fait quelques mois auparavant dans le dossier de J..., et il a demandé au TAQ de disposer des appels concernant ses enfants en même temps parce qu'ils soulevaient les mêmes moyens de droit.

[38] En septembre 2003, il a amendé son avis d'appel et a fait valoir que Sa... était admissible à l'école anglaise du fait que sa sœur fréquentait l'école anglaise en vertu d'une autorisation particulière délivrée en janvier 2003.

[39] Il a soulevé l'incompatibilité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et il a plaidé que la modification apportée par le législateur provincial était sans effet et qu'elle ne pouvait légalement restreindre les droits qui lui avait été accordés par l'article 23 (2) de la charte canadienne :

> 16. Appellant is a right-holder under s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedom* in that he is 1) a Canadian citizen and 2) the parent of "a child who has received or is receiving instruction in English in Canada" not only with respect to Sa...'s private instruction, but also with respect to J...'s subsidized instruction pursuant to s. 85.1 CFL;
>
> 17. Appellant's status as a right-holder entitles him to have all of his children receive public instruction in English in Quebec. The fact that J... has received or is currently receiving subsidized instruction in English in Quebec entitles her brother Sa... to receive public instruction in English in Quebec, notwithstanding the second paragraph of s. 3 of the Act to the effect that "Instruction in English received pursuant to a special

(7) Avis de refus de la personne désignée daté du 31 octobre 2002.

(8) Avis d'appel daté du 12 novembre 2002.

(9) Avis de refus de la personne désignée daté du 4 mars 2003.

authorization under section 81,85 or 85.1 shall also be disregarded";

18. The precise issue of the constitutionality of the second paragraph of s. 3 of the Act, having regard to s. 23(2) of the Canadian Charter has been raised in two pending cases L... Z..., SAS-M-085946-0307 and S... P..., SAS-Q-100285-0308, in which hearing dates have been requested;

19. In the event that a hearing on the subsidiary argument in this case is necessary, it could be heard at the same time as Z... and P..., such that the Respondent and the Mis-en-Cause do not suffer any prejudice. The issue of the validity of the second paragraph of s. 3 of the Act, will have to heard (sic) and decided in these two cases in any event (10) ;

[40] En novembre 2003, le TAQ a examiné 129 dossiers concernant 139 enfants qui fréquentaient, pour la plupart, un établissement d'enseignement privé non agréé et qui étaient en première année primaire au moment de la présentation de leur demande de certificat d'admissibilité à l'école anglaise.

[41] Après une étude minutieuse des arguments soulevés par les parties, il a jugé que l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise n'était pas incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et que cette disposition n'affectait pas les droits garantis des catégories de personnes protégées par la charte canadienne.

[42] Les nouvelles questions constitutionnelles soulevées à l'égard de la validité de l'article 72 et du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise en rapport avec les articles 85 et 85.1 de cette loi ont été référées à une autre formation du TAQ qui a tenu une enquête commune dans tous les dossiers pendants qui soulevaient le même moyen.

[43] Le 18 mars 2004, le TAQ a fait droit aux moyens d'irrecevabilité soulevés par le ministre de l'Éducation et par le procureur général du Québec à l'encontre du recours logé par B... et il a rejeté son appel. Quant aux questions constitutionnelles soulevées par les requérants, elles ont été décidées par le TAQ lorsqu'il a rendu jugement dans les autres dossiers :

Dans le dossier SAS-M-083990-0304, le Tribunal considère qu'il n'a aucune compétence d'appel pour se prononcer sur l'admissibilité à l'enseignement en anglais de l'enfant J... Le requérant ne lui demande pas précisément de le faire mais il veut, semble-t-il, invoquer la situation de J... à l'appui de l'admissibilité de son fils Sa... Il ne peut cependant le faire autrement que dans le cadre de l'ensemble de l'article 73, y compris son dernier alinéa quant à la situation de J..., ce qui ne lui est d'aucun secours au niveau de l'admissibilité de Sa... Il ne peut en particulier ouvrir un nouveau débat constitutionnel quant à Sa... concernant le dernier alinéa de l'article 73 qui ne s'applique pas à cet enfant. L'admissibilité de Sa... à l'enseignement en anglais au niveau du Tribunal a été décidée le 13 novembre 2003 et le recours soulevé à nouveau le concernant est dans cette mesure irrecevable (11).

[44] B... est insatisfait de cette décision. Il demande au Tribunal de la réviser. Il prétend qu'elle ne tient pas compte de son droit d'actualiser le dossier en appel et plaide qu'elle est déraisonnable parce qu'elle constitue un refus de la part du TAQ d'exercer sa juridiction. Il demande au Tribunal de déclarer que l'article 72 et le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise sont incompatibles avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et de déclarer que ses enfants sont admissibles à l'école anglaise.

Le dossier P...

[45] S... P... (« P... ») est le père de K... et P... Bi...-P... K... est née en [...] 1994 et sa sœur P... est née en [...] 1995.

[46] K... a complété sa première et deuxième année à l'école publique anglaise en 2001-2202 et 2002-2003. Elle fréquente l'école française depuis septembre 2003. Quant à P..., elle a complété sa première et sa deuxième année à l'école publique anglaise et doit désormais poursuivre ses études dans un école française.

[47] Les enfants de P... ont toutes deux été exemptées de l'application de l'article 72 de la *Charte de la langue française* et ont été autorisées à recevoir leur enseignement en anglais en vertu de l'article 85 de la loi parce que leur père était membre des Forces armées canadiennes et qu'il affirmait être en séjour temporaire au Québec. Ces exemptions étaient valides jusqu'en juin 2003 dans le cas de K... et jusqu'en juin 2004 dans le cas de P...

(10) Avis d'appel réamendé daté du 10 septembre 2003.

(11) *M.Z. c. Québec (Ministère de l'Éducation)*, TAQ SAS-M-083990-0304, 18 mars 2004.

[48] La preuve a toutefois révélé que P... s'était retiré des Forces armées canadiennes en avril 2001 et qu'il travaillait depuis lors à titre de consultant pour le ministère de la Défense nationale. À l'exception de certaines périodes au cours desquelles il a dû s'absenter pour suivre des cours ou recevoir une formation professionnelle, il a toujours résidé au Québec pendant qu'il était membre des Forces armées canadiennes et ses enfants n'ont pas séjourné dans la province de manière temporaire, mais bien de manière permanente au cours de cette période.

[49] En mai 2003, P... a demandé au ministère de l'Éducation de renouveler l'exemption accordée à sa fille K... En août 2003, il a été avisé que sa demande était refusée :

> I regret to inform you that the proof required to confirm the child right to receive instruction in English has not been established. Our reason to refuse eligibility to your child is as follows:
>
> None of the paragraphs of the Regulation concerning temporary stay applies to the situation of this family in Quebec. Child is not dependent of an active member of the Armed Forces. Father has now retired (12).

[50] Il a contesté cette décision devant le TAQ en août 2003. Il a plaidé que ses enfants avaient été exemptées de l'application de l'article 72 de la *Charte de la langue française* en raison de son statut comme membre des Forces armées canadiennes et que l'enseignement en anglais qu'elles avaient reçu en vertu de cette exemption les rendait admissibles à fréquenter l'école anglaise.

[51] Il a soulevé le caractère inopérant du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise vu son incompatibilité avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et il a plaidé que cette disposition ne pouvait légalement restreindre le droit de ses enfants de recevoir leur enseignement en anglais, tel que le prévoit la charte canadienne :

> 16. In these proceedings, Appellant *does* challenge the constitutional validity of the amendment to s. 73 CFL set out in s. 3 of the Act, which purports to disregard instruction in English received by the child pursuant to a special authorization under section 85 in the determination of eligibility of the child and /his/her siblings on the grounds of inconsistency with s. 23(2) of the *Canadian Charter* (13).

[52] Le 18 mars 2004, le TAQ a conclu que cet appel était irrégulièrement formé et que la demande de renouvellement présentée par P... était irrecevable parce qu'il n'était plus membre des Forces armées canadiennes depuis 2001 et que ses enfants n'avaient jamais séjourné de façon temporaire au Québec tel que l'exigeait l'article 85 de la charte québécoise.

[53] Le TAQ a également conclu que l'enseignement reçu en anglais par les enfants ne pouvait être générateur de droit parce que les exemptions invoquées au soutien de la demande d'admissibilité étaient nulles (14) et que cet élément justifiait, à lui seul, le rejet du recours :

> Dans le dossier SAS-Q-100285-0308, la preuve entendue soulève une objection fondamentale. Cette preuve révèle en effet que le requérant n'est plus membre des Forces armées canadiennes depuis le mois d'avril 2001 et qu'il n'a pas informé le ministre de l'Éducation de cette situation. L'enseignement invoqué aux fins de la prétention soulevée devant le Tribunal d'être visé au paragraphe 2 de l'article 73 de la Charte de la langue française ou d'être un ayant-droit selon l'article 23(2) de la Charte canadienne, qui est celle des années 2001-2002 et 2002-2003 pour l'enfant K..., provient d'une admissibilité qui est nulle (article 77).
>
> Ce seul motif emporte, selon le Tribunal, le rejet du recours dans ce dossier (15).

[54] Compte tenu de ses conclusions sur l'irrecevabilité du recours, le TAQ n'a pas jugé utile d'examiner la question constitutionnelle soulevée par P... à l'égard de la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*.

[55] P... est insatisfait de cette décision. Il demande au Tribunal de la réviser. Il allègue que les moyens d'irrecevabilité soulevés dans son dossier étaient mal fondés et il prétend qu'en refusant de se prononcer sur la question constitutionnelle, le TAQ a refusé d'exercer sa juridiction.

---

(12) Avis de refus de la personne désignée daté du 5 août 2002.

(13) Avis d'appel daté du 20 août 2003.

(14) *Règlement sur l'exemption de l'application du premier alinéa de l'article 72 de la Charte de la langue française qui peut être accordée aux enfants séjournant au Québec de façon temporaire*. R.R.Q. c. C-11, r. 4.4.

(15) Précitée, note 11.

[56] Il demande au Tribunal de déclarer que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et de déclarer que ses enfants ont le droit de recevoir leur enseignement dans une école anglaise publique au Québec.

Les prétentions des parties

[57] Les requérants prétendent que la décision de rejeter leurs recours au stade préliminaire était déraisonnable et qu'en agissant de la sorte le TAQ a refusé d'exercer sa juridiction et de reconnaître leur qualité d'ayants droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[58] Les requérants allèguent qu'ils rencontrent les conditions énumérées par l'article 23 (2) de la charte canadienne. Ils soulignent que la loi ne précise aucunement que l'enseignement doit avoir été reçu dans un établissement public ou subventionné et ils soumettent qu'outre la citoyenneté canadienne, c'est l'enseignement effectivement reçu qui détermine le droit à l'instruction en français ou en anglais sans égard aux circonstances dans lesquelles la fréquentation scolaire a eu lieu.

[59] Il s'ensuit, d'après eux, que les amendements apportés à l'article 73 de la charte québécoise suite à l'entrée en vigueur de l'article 3 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* (16) sont incompatibles avec l'article 23 (2) de la charte canadienne et qu'ils sont inopérants.

[60] Ils plaident que le dernier alinéa de l'article 73 est invalide et inopérant et allèguent que la décision prononcée par le TAQ le 18 mars 2004 est mal fondée en droit. Ils soulèvent les mêmes arguments que ceux analysés par le TAQ lorsque la validité de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise a été remise en question et dont le TAQ a disposé le 11 novembre 2003.

[61] Il est utile de rappeler que l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise a déjà fait l'objet d'une requête en révision judiciaire et que le jugement de notre cour fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour d'appel. Il n'y a donc pas lieu pour le Tribunal de se prononcer sur cette question.

[62] Le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise traite, quant à lui, de l'enseignement reçu suite à la délivrance d'une autorisation particulière en vertu de l'article 85 ou d'une exemption spéciale en vertu de l'article 85.1 de la loi.

[63] L'article 23 (2) de la charte canadienne se lit ainsi :

> 23. (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

[64] Les articles 72 et 73 de la *Charte de la langue française* se lisent ainsi :

> 72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.
>
> Cette disposition vaut pour les organismes scolaires au sens de l'Annexe et pour les établissements d'enseignement privés agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) en ce qui concerne les services éducatifs qui font l'objet d'un agrément.
>
> Le présent article n'empêche pas l'enseignement en anglais afin d'en favoriser l'apprentissage, selon les modalités et aux conditions prescrites dans le Régime pédagogique établi par le gouvernement en vertu de l'article 447 de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3).
>
> 73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :
>
> 1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada ;
>
> 2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada ;
>
> 3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec ;

(16) L.R.Q. 2002, chapitre 28.

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs ;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1er octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

[65] Depuis octobre 2002, il n'est plus tenu compte de l'enseignement en anglais reçu dans un établissement d'enseignement privé non subventionné ou de l'enseignement en anglais reçu en vertu d'une autorisation particulière ou d'une exemption spéciale pour déterminer l'admissibilité d'un enfant à l'école publique anglaise au Québec en vertu de l'article 73 de la charte québécoise.

[66] Les articles 85 et 85.1 de la charte québécoise prévoient que des exemptions spéciales et des autorisations particulières peuvent être accordées aux personnes qui en font la demande dans certaines circonstances et pour des motifs énumérés aux règlements ou pour des motifs graves d'ordre familial ou humanitaire.

[67] Ces exemptions et autorisations ont une durée limitée. Elles peuvent être renouvelées, sur demande, si les conditions d'éligibilité sont toujours remplies.

[68] Les articles 85 et 85.1 se lisent ainsi :

85. Les enfants qui séjournent au Québec de façon temporaire peuvent, à la demande de l'un de leurs parents, être exemptés de l'application du premier alinéa de l'article 72 et recevoir l'enseignement en anglais dans les cas ou les circonstances et selon les conditions que le gouvernement détermine par règlement. Ce règlement prévoit également la période pendant laquelle l'exemption peut être accordée, de même que la procédure à suivre en vue de l'obtention ou du renouvellement d'une telle exemption.

85.1. Lorsqu'une situation grave d'ordre familial ou humanitaire le justifie, le ministre de l'Éducation peut, sur demande motivée et sur recommandation du comité d'examen, déclarer admissible à l'enseignement en anglais un enfant dont l'admissibilité a été refusée par une personne désignée par le ministre.

La demande doit être produite dans les 30 jours de la notification de la décision défavorable.

Elle est soumise à l'examen d'un comité formé de trois membres désignés par le ministre. Le comité fait rapport au ministre de ses constatations et de sa recommandation.

Le ministre indique, dans le rapport prévu à l'article 4 de la Loi sur le ministère de l'Éducation (chapitre M-15), le nombre d'enfants déclarés admissibles à recevoir l'enseignement en anglais en vertu du présent article et les motifs qu'il a retenus pour les déclarer admissibles.

[69] L'intimé et les mis en cause contestent la requête en révision judiciaire. Ils rappellent qu'en matière de révision judiciaire, le Tribunal doit utiliser l'approche pragmatique et fonctionnelle préconisée par la Cour suprême du Canada pour déterminer la norme de contrôle appropriée et identifier le degré de retenue judiciaire auquel il est assujetti.

[70] En l'espèce, ils soulignent que le Tribunal doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du TAQ et qu'il ne doit pas intervenir à moins de conclure que le rejet des procédures était manifestement déraisonnable ou encore que le TAQ a refusé d'exercer sa juridiction.

[71] Ils plaident que le TAQ a agi à l'intérieur de sa juridiction lorsqu'il a accueilli les moyens d'irrecevabilité soulevés à l'encontre des procédures instituées par les requérants et que les décisions qu'il a rendues à cet égard ne sont pas manifestement déraisonnables.

[72] Ils font également valoir que la décision rendue par le TAQ le 18 mars 2004 pour disposer de la question constitutionnelle qui a été soulevée par les requérants à l'égard de la validité du dernier alinéa de l'article 73 est étrangère au présent litige et que les requérants ne peuvent en demander la révision.

[73] Subsidiairement, ils plaident que le TAQ a correctement décidé cette question et qu'il n'y a pas lieu pour le Tribunal de réviser sa décision. Ils préci-

sent que les requérants ne sont pas des ayants droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne et qu'il est inexact de prétendre que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise est incompatible avec la charte canadienne.

[74] Finalement, le pocureur général insiste sur le fait qu'il n'y a pas lieu pour le Tribunal d'examiner les questions constitutionnelles soulevées par les requérants si cela n'est pas nécessaire pour disposer du litige.

[75] Ainsi, il représente qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le Tribunal se prononce sur la constitutionnalité de l'article 72 de la charte québécoise parce que l'article 73 de cette loi dispose entièrement du litige.

L'analyse et la discussion

[76] En matière de révision judiciaire, la Cour suprême nous enseigne qu'il faut désormais adopter une approche pragmatique et fonctionnelle (17).

[77] Cette approche tient compte, à la fois : 1) de la volonté du législateur de confier à un organisme ou tribunal une juridiction exclusive sur une matière particulière ; 2) du niveau d'expertise ou du degré de spécialisation de ce tribunal ; 3) de la finalité de la loi et ; 4) de la nature de la question en litige. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en lui-même, mais ils doivent tous être analysés pour déterminer la norme de contrôle appropriée dans chaque cas.

[78] Dans les cas qui requièrent la retenue judiciaire la moins élevée, la norme de contrôle sera la décision correcte et, dans ceux qui commandent la retenue judiciaire la plus élevée, la norme de contrôle sera la décision manifestement déraisonnable. La décision déraisonnable peut également donner ouverture à la révision judiciaire lorsque les circonstances le justifient (18).

[79] Le processus d'analyse a été résumé ainsi par le juge Gonthier dans l'affaire *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble* :

> [10] Il est bien connu que les cours de justice canadiennes adoptent une démarche pragmatique et fonctionnelle pour le contrôle des décisions administratives. L'énoncé de principe sur la détermination de la norme de contrôle à appliquer dans le cadre de la démarche pragmatique et fonctionnelle est exposé par le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 ; voir également *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. Selon le juge Bastarache, il faut prendre quatre facteurs en considération : (1) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel ; (2) l'expertise du tribunal par rapport à celle du juge de révision sur la question en litige ;(3) les objets de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et (4) la nature du problème (19).

[80] Dans le cas qui nous occupe, le législateur québécois a choisi d'instituer un tribunal administratif unifié et a prévu qu'il aurait la compétence de statuer sur tous les recours formés contre une autorité administrative ou une autorité décentralisée dans la mesure prévue par la loi et à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel.

[81] L'article 158 de *Loi sur la justice administrative* (20) prévoit en outre que, « sauf sur une question de compétence, aucun des recours prévus par les articles 33 et 834 à 846 du Code de procédure civile [...] ne peut être exercé, ni aucune injonction accordée contre le Tribunal ou l'un de ses membres agissant en sa qualité officielle ».

[82] Cette clause privative combinée à la juridiction exclusive qui est conférée au TAQ par la loi à l'article 14 indiquent clairement la volonté du législateur de réserver au TAQ la compétence de disposer des matières qui relèvent de sa juridiction, à l'exclusion de tout autre Tribunal. Ceci indique normalement qu'une certaine retenue judiciaire est appropriée à l'égard des décisions qui sont sujettes à la révision judiciaire.

[83] L'article 15 de la *Loi sur la justice administrative* confère au TAQ le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence. L'article 17 de cette loi précise que le Tribunal est divisé en quatre sections : 1) la Section des affaires sociales, 2) la Section des affaires immobilières, 3) la Section du territoire et de l'environnement et 4) la Section des affaires économiques.

(17) *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

(18) *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247.

(19) 2003 CSC 28.

(20) L.R.Q., chapitre J-3.

[84] La Section des affaires sociales est chargée de statuer sur les recours visés à l'article 3 de l'annexe 1 de la loi en matière de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière (21). Elle connaît, notamment, des recours formés en vertu de l'article 83.4 de la *Charte de la langue française* (22).

[85] L'article 83.4 se lit ainsi :

> 83.4 Toute décision sur l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais, rendue par une personne désignée en application des articles 73, 76, 81,85 ou 86.1 peut, dans un délai de 60 jours de sa notification, être contestée devant le Tribunal administratif du Québec (23).

[86] Dans l'affaire *Procureure générale du Québec c. Barreau de Montréal* (24), la Cour d'appel a fait une étude remarquable sur la structure, la compétence et le mode de fonctionnement du TAQ de même que sur les pouvoirs et l'immunité de ses membres.

[87] La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une institution spécialisée qui avait le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence et de se prononcer sur toute question constitutionnelle si nécessaire (25). Elle a émis l'opinion que la spécialisation du Tribunal et le haut niveau d'expertise de ses membres justifiaient une certaine retenue judiciaire :

> [155] [...] le TAQ exerce une fonction exclusivement juridictionnelle qui exige, malgré les objectifs énoncés de célérité et d'accessibilité, la mise en place de procédures s'apparentant à celles des cours de justice ; ensuite, le TAQ dispose de compétences habituellement confiées aux cours de justice, telles celles de trancher des questions constitutionnelles et d'évaluer les motifs d'une demande de secret administratif ; enfin, et surtout, le TAQ est appelé à trancher un très grand nombre de recours qui mettent en jeu les intérêts financiers ou politiques de l'État en tant que partie au litige. Pris dans leur ensemble, ces éléments me paraissent justifier qu'on situe le TAQ, sur le spectre des tribunaux administratifs, à un niveau supérieur d'exigence en ce qui concerne l'indépendance judiciaire de ses membres (26).

[88] Dans l'affaire *Okwuobi c. Procureur général du Québec* (27), la Cour d'appel a conclu que le TAQ avait compétence pour décider de tous les moyens de droit soulevés devant lui, y compris ceux découlant de l'interprétation et de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lorsque cela était nécessaire pour l'exercice de sa compétence, notamment lorsqu'il doit décider de l'admissibilité des enfants à l'école publique anglaise au Québec.

[89] Cela signifie que le TAQ peut trancher des questions constitutionnelles, interpréter et appliquer les dispositions de la charte canadienne et accorder les remèdes prévus à l'article 24 de cette loi lorsque les circonstances le justifient :

> [19] Le débat sur la détermination du tribunal compétent au sens de l'article 24 de la *Charte canadienne* fut plusieurs fois étudié et analysé depuis que la Cour suprême a, la première fois, énoncé les grands critères d'application dans *Mills* c. *La Reine*. Depuis cet arrêt, la Cour s'est plusieurs fois prononcée sur la méthode et les paramètres qui permettent de déterminer si et quand un tribunal administratif peut statuer sur des questions de *Charte*. Avant cependant d'aborder cet aspect, il est utile de poser certains jalons inspirés par les arrêts récents de la Cour suprême. D'abord, il appartient au Parlement et aux législatures et non aux tribunaux de définir la compétence des tribunaux administratifs ; le rôle des juges consiste à donner effet à la volonté législative en cette matière. En second lieu, lorsque la loi habilite un tribunal administratif à statuer sur le droit, celui-ci doit interpréter et appliquer la loi et spécialement la *Charte*, loi suprême au Canada. Troisièmement, lorsqu'il légifère, le législateur est censé connaître la jurisprudence et particulièrement celle émanant des tribunaux supérieurs.
>
> [20] Or, au moment où la *Loi sur la justice administrative* fut adoptée en 1996, plusieurs arrêts importants, notamment de la Cour suprême, avaient été rendus suivant lesquels lorsqu'un tribunal administratif peut appliquer la loi, cette compétence s'étend à la *Charte* : [...].
>
> [21] Quatrièmement, depuis l'arrêt *Weber* c. *Ontario Hydro*, c'est le modèle de la compétence exclusive qui est retenu de préférence à celui de la concomitance ou à celui du chevauchement de compétence.

(21) Précitée, note 20, article 24.

(22) Précitée, note 20, article 25 et sous-alinéa 2.1 de l'article 3 de l'annexe I.

(23) L.R.Q., chapitre C-11, article 83.4.

(24) [2001] R.J.Q. 2058 (C.A.).

(25) Précitée, note 20, articles 15 et 112.

(26) [2001] R.J.Q. 2058, p. 2090.

(27) C.A. Montréal, nº 500-09-011390-010, 15 mai 2002.

[22] Enfin, le tribunal compétent est celui qui a juridiction sur les parties et l'objet du litige et qui peut accorder le remède recherché. [...] (28)

[26] Qu'en est-il ici ? La conjonction des articles 83.4 de la *Charte de la langue française* et 14 de la *Loi sur la justice administrative* démontre que le mandat donné par le législateur au TAQ est de couvrir tout le contentieux visant l'application de l'article 73 de la *Charte de la langue française* et, par conséquent, les litiges relatifs à la délivrance des certificats d'admissibilité. À ce sujet, la loi est on ne peut plus claire. Le TAQ a compétence exclusive ; il peut interpréter toute loi « nécessaire à l'exercice de sa compétence » et il peut infirmer, confirmer ou modifier les décisions attaquées et rendre, s'il y a lieu, la décision qui aurait dû être rendue, y compris une décision interlocutoire pour sauvegarder les droits des parties [...].

[27] La Cour estime donc que la fonction et la structure du TAQ lui confèrent compétence sur le litige engagé par l'appelant et l'autorisent à administrer une réparation fondée sur l'article 24 de la *Charte*. Par ailleurs, l'exclusivité de sa compétence en matière de délivrance de certificat d'admissibilité à l'école publique anglaise au Québec est spécifiquement prévue à la *Loi*. [...] (29)

[90] Dans la présente cause, il faut distinguer les décisions préliminaires qui ont été rendues par le TAQ dans les dossiers des requérants de celle qui a été rendue par le TAQ pour l'ensemble des autres dossiers.

[91] Le Tribunal est d'avis que les décisions prononcées par le TAQ sur les moyens préliminaires soulevés à l'encontre des appels logés par les requérants étaient dans les limites de ses attributions et que ces décisions étaient au cœur de l'exercice de sa compétence.

[92] Elles résultent de l'appréciation de la preuve de même que de l'interprétation et de l'application des articles 73, 85 et 85.1 de la *Charte de la langue française*. Elles ne sont pas déraisonnables et il n'y a pas lieu d'intervenir pour les annuler.

[93] Cette conclusion devrait suffire pour disposer de la requête en révision judiciaire. Toutefois, puisque les requérants représentent qu'ils sont victimes d'une atteinte à leurs droits protégés en vertu de la charte canadienne et qu'ils demandent au Tribunal que leur soit accordé le remède prévu à l'article 24 de cette loi, il paraît nécessaire d'examiner le moyen de droit qu'ils ont soulevé à l'égard de la validité du dernier alinéa de l'article 73 afin d'évaluer la justesse de la décision qui a été rendue par le TAQ sur cette question de même que la légitimité de son refus d'accorder le remède recherché par les requérants.

[94] En principe, les décisions qui sont rendues par le TAQ dans l'exercice de sa compétence ne sont pas susceptibles de révision judiciaire à moins d'être déraisonnables.

[95] Cependant, lorsque le TAQ se prononce sur une question constitutionnelle, qu'il s'agisse de sa loi constitutive ou de la loi qu'il est spécifiquement chargé d'interpréter et d'appliquer et, plus encore, lorsqu'il s'agit de la charte canadienne, ses décisions sont susceptibles de révision judiciaire sur simple erreur de droit et la norme de contrôle dans un tel cas est la décision correcte.

[96] Le 18 mars 2004, le TAQ a jugé que le dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise était valide et que cette disposition n'était pas incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[97] Le raisonnement du Tribunal est le même que celui adopté par le TAQ dans l'affaire *Nguyen* :

[39] L'article 23 de la Charte canadienne consacre de façon constitutionnelle des droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il représente à ce titre un ensemble unique de dispositions particulier au Canada.

[40] L'interprétation de l'article se fait dans son ensemble et doit tenir compte du fait que le législateur constituant connaissait et avait à l'esprit en l'adoptant le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue d'enseignement par les diverses provinces du Canada, dont son historique et son évolution.

[41] La méthode d'interprétation à employer est celle de la recherche de l'objet véritable des garanties constitutionnelles visées et non celle d'une interprétation littérale et isolée d'une partie de l'article.

[42] Cet objet est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent favorisant leur épanouissement, dans la mesure du possible, dans les provinces où la langue concernée n'est pas parlée par la majorité. [...]

[43] Dans une affaire rapportée à 2001 TAQ 50, le Tribunal a conclu que des parents francophones, qui

(28) Précité, note 27, pages 6 et 7.

(29) Précité, note 27, page 8.

invoquaient l'enseignement reçu par leur enfant dans une école privée non subventionnée, n'appartenaient pas à la minorité anglophone du Québec ne pouvant ainsi se qualifier à titre d'ayant droit selon l'article 23 (2) de la Charte canadienne. La même conclusion fut retenue dans des dossiers regroupés (SAS-M-079528-0210 et autres) le 11 novembre 2003 à l'égard de parents francophones ou allophones qui invoquaient aussi pareil enseignement. La disposition attaquée était alors l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française mais les arguments soumis quant au statut d'ayant droit étaient pratiquement les mêmes que dans les présents dossiers.

[44] Le Tribunal considère qu'il doit adopter une conclusion semblable quant aux requérants qui invoquent cette fois leur statut d'ayant droit à l'encontre du dernier alinéa de l'article 73 de la Charte de la langue française.

[...]

[46] La décision rendue par le Tribunal le 11 novembre 2003 dans le dossier SAS-M-079528-0210 fut celle d'une formation élargie en raison de la complexité ou de l'importance de l'affaire. Cette décision est très élaborée et répond à chacun des arguments soumis. Le Tribunal réfère les parties à cette réponse qu'il fait sienne aux fins des présents recours.

[47] Cette décision a depuis fait l'objet d'un bref d'évocation en Cour supérieure où l'affaire est cependant toujours pendante.

[48] Il faut entre-temps s'en remettre à la réponse donnée par le Tribunal recherchant le niveau élevé de cohérence qui doit être celui de ses décisions, d'autant que cette réponse est aussi celle de la Cour d'appel dans l'arrêt Solski.

[49] Les dispositions relatives aux droits constitutionnels linguistiques en matière de langue d'enseignement de l'article 23 de la Charte canadienne peuvent prêter à interprétation. Les droits qui y sont énoncés sont tout de même garantis à des catégories bien particulières de personnes envers qui on a parlé de mesures réparatrices. Il s'agit de droits transmissibles. Toute disposition législative d'une province qui porte atteinte à ces droits peut être invalidée. Les provinces conservent cependant leur compétence en matière d'éducation et peuvent l'utiliser pour accorder d'autres droits quant à la langue d'enseignement qu'elles peuvent par ailleurs ensuite modifier ou abroger. L'argument voulant que, ce faisant, les personnes à qui ces droits sont accordés deviennent ainsi des ayants droit au sens des droits constitutionnels premiers apparaît d'une certaine façon circulaire et ne peut, de l'avis du Tribunal, selon toute logique être retenu. [...] (30)

[98] Cette décision est conforme au raisonnement de la Cour d'appel dans l'affaire *Solski* :

> [55] Le jugement entrepris consacre en somme, comme le plaide l'appelante, le droit inédit de tous les parents de choisir la langue d'enseignement de ses enfants, alors que le constituant a clairement voulu exclure une telle portée aux droits linguistiques. L'interprétation donnée par la juge permettrait en effet un accès quasi automatique à l'école anglaise au Québec aux enfants de la majorité francophone ou aux allophones qui feraient un court passage à l'école privée anglaise non subventionnée pour se rendre admissible à l'école anglaise publique ou privée subventionnée. Cette interprétation et ses conséquences vont certainement à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'article 23 en accentuant davantage le déséquilibre existant entre les groupes francophone et anglophone au Canada, dans un contexte nord-américain très largement dominé par la langue anglaise (31).

[99] La preuve contextuelle et justificative présentée devant le TAQ dans l'affaire *Nguyen* a été intégralement versée au dossier. Cette preuve est considérable et elle contredit largement l'affirmation des requérants à l'effet que l'usage de la langue anglaise est en déclin au Québec et que les nouvelles contraintes qui résultent des amendements apportées à l'article 73 de la charte québécoise sont excessives ou injustifiées.

[100] Une lecture attentive de la décision rendue par le TAQ dans cette affaire, comme dans l'affaire *Nguyen*, indique que le TAQ a tenu compte du caractère unique et particulier de l'article 23 de la charte canadienne (32) et de l'objectif poursuivi par le législateur canadien lors de son adoption. Il a également tenu compte du régime juridique qui prévalait au Québec à cette époque et il a considéré le contexte historique qui a mené à l'adoption de la *Charte de la langue française* (33).

[101] Conformément aux enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Mahe c. Alberta* (34), le

---

(30) Précité, note 5.

(31) *Québec (Procureure générale) c. Solski*, [2002] R.J.Q. 1285.

(32) *P.G. du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

(33) *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 2973.

(34) *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

TAQ a favorisé une interprétation téléologique de la loi plutôt que l'interprétation littérale de ses dispositions, telle que proposée par les requérants. Cette interprétation tient compte de l'objet véritable de l'article 23 de la charte canadienne, qui consiste à « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité ».

[102] Il a examiné la preuve contextuelle et justificative qui a mené à la modification de l'article 73 de la charte québécoise et à l'introduction de l'avant-dernier alinéa de cet article afin d'en identifier l'objet véritable et d'évaluer la compatibilité de cette disposition avec l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[103] Suite à cette analyse, il a conclu que la modification apportée en 2002 à l'article 73 de la charte québécoise relevait de la compétence législative provinciale, qu'elle était cohérente avec les objectifs généraux de la loi eu égard à la protection des droits collectifs de la majorité francophone sans toutefois compromettre les droits de la minorité anglophone, qu'elle ne remettait pas en cause la possibilité pour une personne d'inscrire ses enfants à l'école anglaise non subventionnée à condition qu'elle en paie les frais.

[104] Il a rappelé que l'avant-dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise avait pour but de régler une situation perçue comme problématique et d'éviter non seulement qu'il y ait un retour au libre choix de la langue d'enseignement au Québec par l'autoqualification, mais également que la fréquentation d'une école privée devienne un élément générateur de droit qui aurait préséance sur les prescriptions de l'article 23 (2) de la charte canadienne et qui subordonnerait l'admissibilité d'un enfant à l'école anglaise à la condition financière de ses parents :

> [153] La préséance des garanties fournies par l'article 23 de la Charte canadienne sur les dispositions de la Charte québécoise en matière de langue d'enseignement est admise et non contestée en l'espèce.
>
> [154] Par contre, sous réserve de la compatibilité des textes, la compétence législative du Québec d'agir en cette matière n'est pas remise en cause. D'ailleurs, cette compétence législative, en matière de langue d'enseignement, avait déjà été exercée bien avant l'élaboration et l'adoption de la Charte fédérale.
>
> [155] Rien n'empêche non plus la loi québécoise d'aller, eu égard à la minorité anglophone, au-delà des droits enchâssés par l'article 23. [...]
>
> [156] Les droits supplémentaires reconnus par la loi québécoise n'en sont pas pour autant constitutionnalisés, non plus que les avantages possiblement liés à une tolérance administrative.
>
> [157] La *Charte de la langue française* a précédé de plusieurs années l'élaboration et l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
>
> [158] La jurisprudence interprétant son article 23 rappelle donc que les constituants étaient au fait non seulement du contexte entourant cette législation linguistique, mais également des objets et du libellé de la législation en vigueur au début des années '80.
>
> [...]
>
> [163] Le Tribunal estime que le mémoire de l'intimé identifie adéquatement la méthodologie d'interprétation retenue par les tribunaux supérieurs — et principalement la Cour suprême du Canada — pour la compréhension et l'application de l'article 23 de la Charte canadienne. [...]
>
> [164] L'on réalise, à la lecture des jugements rendus, à quel point cette approche est subtile, minutieuse, respectueuse du caractère unique de l'article 23, et imprégnée du souci d'équilibre et de compromis qui y est évoqué.
>
> [165] L'on constate également que cette jurisprudence s'attache au respect des droits des membres des minorités linguistiques, « ayants droit » essentiels visés par la disposition constitutionnelle.
>
> [166] Or la preuve disponible en l'espèce, en ce qui concerne ces ayants droit, ne contient pas d'éléments susceptibles de mener à une conclusion prépondérante d'incompatibilité de l'extrait litigieux de l'article 73, eu égard aux garanties de l'article 23 de la Charte canadienne.
>
> [...]
>
> [168] De l'avis de ce Tribunal, apparaissent en effet incompatibles avec l'interprétation actuelle de l'article 23 de la Charte canadienne :
>
> — Le fait que l'interprétation des requérants s'assimile à un retour au libre choix de la langue d'enseignement ;
>
> — Les incidences de cette interprétation eu égard à l'article 23 (1) a) de la Charte ;
>
> — Le fait que cette interprétation conduit à monnayer l'acquisition du statut d'ayant droit.
>
> [...]

[171] L'objet de la garantie constitutionnelle est la protection du droit à l'enseignement des minorités linguistiques, mais non la restauration de leur capacité d'attraction eu égard aux allophones et à la majorité.

[172] Or l'interprétation de l'article 23 (2), soumise par la partie requérante, aurait comme effet que tout citoyen canadien dont un enfant fréquente une institution d'enseignement privée non subventionnée de langue anglaise acquerrait de ce fait, de façon automatique, la qualité d'ayant droit, au sens de la disposition constitutionnelle.

[173] Ceci viserait donc indifféremment un membre de la majorité francophone du Québec, un citoyen canadien provenant d'un pays dont la langue maternelle est l'anglais, ou le français, ou un citoyen canadien de langue maternelle autre que le français ou l'anglais.

[...]

[175] Ceci revient *de facto* à une situation assimilable à un retour au libre choix de la langue d'enseignement, que proscrit l'article 23.

[...]

[182] Selon l'interprétation que les requérants soumettent de l'article 23 (2) de la Charte canadienne, un citoyen canadien d'origine américaine, britannique, australienne ou autre, mais de langue maternelle anglaise, pourrait obtenir pour son enfant un certificat d'admissibilité du fait que ce dernier suit une scolarité en anglais dans une école privée non subventionnée. Comme, du reste, tout autre parent dans cette situation.

[183] Or une telle interprétation s'avère difficile à concilier avec le fait que l'article 23 (1) a), n'est toujours pas en vigueur, celle-ci étant subordonnée à l'autorisation du gouvernement du Québec.

[...]

[186] L'interprétation de 23 (2) proposée en l'espèce par la partie requérante a pour effet pratique de faire de la fréquentation transitoire d'une école privée non subventionnée une modalité qui prévaut sur 23 (1) a), qui évince cette disposition constitutionnelle, et qui générerait pour le législateur québécois des obligations constitutionnelles alors même que la Charte (et la constitution) canadiennes prévoient que la naissance de telles obligations est subordonnée à l'autorisation formelle requise par l'article 59.

[...]

[191] Mais il y a plus.

[...]

[198] Il répugne à l'esprit que, dans cette société libre et démocratique, l'on puisse estimer conciliable avec une charte des droits fondamentaux l'idée que de tels droits puissent s'acquérir (et presque s'acheter) en fonction de la condition financière des citoyens, et que de tels droits puissent, par l'effet d'une telle charte, se voir accordés aux uns parce qu'ils sont en moyens, et niés aux autres parce qu'ils sont financièrement plus démunis.

[199] Le Tribunal estime qu'une telle proposition s'éloigne considérablement de l'intention des constituants, de l'esprit ayant mené à l'élaboration de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et surtout d'une juste application de l'objet véritable de l'article 23 de ladite Charte (35).

[105] Cette décision consacre également le principe que, si les requérants ne satisfont pas aux critères énoncés aux articles 73, 76, 81, 85, 85.1 et 86.1 de la charte québécoise, ils ne peuvent valablement prétendre être admissibles à l'école anglaise publique du seul fait qu'ils ont reçu une partie de leur enseignement en anglais dans un établissement d'enseignement privé non agréé pour fins de subvention.

[106] Le même raisonnement a été utilisé par le TAQ pour disposer des arguments des requérants sur la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise

[107] L'article 72 de la charte québécoise énonce le principe suivant lequel l'enseignement se donne en français au Québec dans les classes maternelle et dans les écoles primaires et secondaires.

[108] L'article 73 de la loi précise qu'un enfant est admissible à recevoir son enseignement en anglais au Québec dans une école publique ou subventionnée s'il rencontre certains critères exposés dans la loi. Cette exception vise à mettre en œuvre les garanties constitutionnelles prévues aux articles 23 (1) *b)* et 23 (2) de la charte canadienne.

[109] Pour appliquer l'article 73 de la charte québécoise, il faut analyser le parcours scolaire de l'enfant, ou de ses parents. Si l'un ou l'autre des parents ou l'enfant a reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada, il sera admissible à l'école publique anglaise au Québec, tel que le prévoit l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[110] Le législateur québécois a également prévu qu'un enfant pouvait être admissible à l'école publi-

(35) Précitée, note 3.

que anglaise, même s'il ne rencontrait pas les critères énumérés à l'article 73 de la charte québécoise, dans certaines circonstances particulières. C'est le cas, notamment, des enfants qui séjournent temporairement au Québec (article 85) et des enfants qui vivent une situation grave d'ordre familial ou humanitaire (article 85.1).

[111] La *Charte de la langue française* n'interdit pas qu'un enfant non admissible reçoive son enseignement en anglais dans une école privée non subventionnée.

[112] Les modifications apportées à la loi en 2002 et l'ajout de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 ont pour but d'empêcher que la fréquentation de l'école privée par des enfants qui ne sont pas admissibles à l'école anglaise soit génératrice de droits constitutionnels en leur faveur malgré l'article 72 de la charte québécoise.

[113] Cette loi a également été modifiée par l'ajout du dernier alinéa de l'article 73 afin que l'enseignement reçu suite à l'obtention d'une autorisation particulière ou d'une exemption spéciale ne puisse servir à qualifier un enfant, ses frères et sœurs ou ses descendants si ces derniers ne rencontrent pas les critères énumérés à l'article 73.

[114] Cette modification n'a pas pour objet d'empêcher les enfants qui sont en séjour temporaire, ou qui sont dans une situation grave d'ordre familial ou humanitaire, de fréquenter l'école anglaise, elle vise plutôt à éviter que leur fréquentation scolaire soit invoquée pour qualifier d'autres personnes qui ne sont pas des ayants droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne ou des personnes visées à l'article 73 de la charte québécoise et les rendre admissibles à l'école anglaise.

[115] Le dernier alinéa de l'article 73 n'est pas incompatible avec l'article 23 (2) de la charte canadienne.

[116] Le ministre de l'Éducation et le procureur général du Québec plaident que l'objet véritable de l'article 23 (2) de la charte canadienne est d'assurer aux minorités linguistiques le droit de faire éduquer leurs enfants dans leur langue et qu'il appartient aux législatures provinciales d'adopter, dans leurs domaines de compétence, les mesures législatives nécessaires pour assurer la mise en œuvre des garanties données aux minorités linguistiques du Canada en respectant la dynamique linguistique propre à chaque province.

[117] Ils représentent que les législatures provinciales peuvent accorder aux minorités des droits qui vont au-delà des garanties constitutionnelles et ils soumettent que c'est là ce que le législateur québécois a choisi de faire en adoptant les articles 81, 85 et 85.1 de la charte québécoise. Ces articles permettraient d'exempter certaines personnes de l'application de l'article 72 de la *Charte de la langue française* même si elles ne sont pas des ayants droit en vertu de l'article 23 (2) de la charte canadienne. Elles ne seraient donc clairement pas incompatibles avec l'objet de cette loi.

[118] Ces arguments paraissent bien fondés et ce sont ceux que le Tribunal retient. Ce sont également ceux qui ont été retenus par le TAQ lorsqu'il s'est prononcé sur la validité du dernier alinéa de l'article 73 de la charte québécoise.

[119] Le Tribunal est d'avis que le TAQ a rendu une décision correcte en reconnaissant la validité du dernier alinéa de l'article 73 et en choisissant de ne pas se prononcer sur la validité de l'article 72 de la charte québécoise.

[120] Après avoir analysé les arguments des requérants, examiné les dispositions pertinentes de la charte canadienne et de la charte québécoise, et révisé la doctrine et la jurisprudence citées par les parties, le Tribunal en vient à la conclusion que les décisions qui ont été rendues par le TAQ, le 18 mars 2004, sont bien fondées en droit et qu'il n'y a pas lieu de les réviser non plus que d'accorder aux requérants le remède qu'ils recherchent en vertu de l'article 24 de la charte canadienne.

[121] Pour ces motifs, le Tribunal :

[122] Rejette la requête en révision judiciaire des requérants, avec dépens.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2003-69	R-3513-2003	8 avril 2003

PRÉSENTS :

M. Normand Bergeron, M.A.P., vice-président
M^me^ Anita Côté-Verhaaf, M. Sc. (Écon.)
M^me^ Francine Roy, M.B.A.

Régisseurs

Hydro-Québec
Demanderesse

Décision approuvant l'ajout de certaines modalités au processus de sélection des offres et la modification des critères et des grilles de sélection pour l'évaluation des soumissions reliées aux appels d'offres découlant du *Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse* (Décret numéro 352-2003 du 5 mars 2003)

1. CONTEXTE

Le 20 mars 2003, Hydro-Québec dans ses activités de distribution (le Distributeur) transmet deux lettres à la Régie de l'énergie (la Régie) pour l'informer qu'il doit procéder, au plus tard le 12 mai 2003, à deux appels d'offres pour l'acquisition d'un bloc d'énergie éolienne et d'un bloc d'énergie produite avec de la biomasse. Cette obligation incombe au Distributeur aux termes du *Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse* (le Règlement)[1].

D'autre part, par le Décret 353-2003[2] (le Décret), le gouvernement indique à la Régie ses préoccupations économiques, sociales et environnementales à l'égard de l'énergie éolienne et de l'énergie produite avec de la biomasse. Ces attentes gouvernementales ont une incidence sur le processus de sélection des offres et sur les critères et les grilles de sélection pour l'évaluation des soumissions qui découleront des appels d'offres que le Distributeur doit lancer avant le 12 mai 2003.

2. MODIFICATIONS AUX CRITÈRES UTILISÉS DANS LE PROCESSUS DE SÉLECTION DES OFFRES

2.1 POSITION DU DISTRIBUTEUR

Dans ses lettres du 20 mars 2003 et du 1er avril 2003, le Distributeur explique les modifications qu'il doit apporter, tant au processus de sélection des offres qu'aux grilles de sélection pour l'évaluation des soumissions, pour se conformer au Règlement et au Décret.

2.1.1 APPEL D'OFFRES POUR LE BLOC D'ÉNERGIE ÉOLIENNE

> « *Considérant ce qui précède, le Distributeur informe la Régie qu'il lancera, le ou avant le 12 mai 2003 et conformément à la Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité, un appel d'offres pour le bloc d'énergie éolienne décrit ci-haut et, à cette fin, qu'il appliquera à l'étape 1 du processus d'évaluation des soumissions les exigences minimales suivantes en sus de celles qu'il utilise normalement dans ses appels d'offres :*

---

1 Décret numéro 352-2003, 5 mars 2003.

2 *Décret 352-2003 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard de l'énergie éolienne et de l'énergie produite avec de la biomasse.*

- *l'énergie doit provenir de parcs éoliens implantés dans la région de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine ou dans la MRC de Matane et raccordés au réseau intégré;*

- *les turbines éoliennes de ces parcs doivent être assemblées dans la région administrative de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine ou dans la MRC de Matane;*

Pour chaque projet, le contenu régional doit être :

- *supérieur à 40 % des coûts globaux du projet pour les 200 premiers MW;*
- *supérieur à 50 % des coûts globaux du projet pour les 100 MW livrables au plus tard le 1er décembre 2007;*
- *supérieur à 60 % des coûts globaux du projet pour les mégawatts livrables subséquemment.*

À l'étape 2 du processus d'évaluation des soumissions, le Distributeur utilisera la grille de sélection et la pondération suivantes :

- *coût de l'électricité : 35 %*
- *contenu régional additionnel : 30 %*
- *contenu québécois (hormis les coûts réalisés dans la région de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine et dans la MRC de Matane) : 15 %*
- *expérience : 10 %*
- *solidité financière : 5 %*
- *faisabilité : 5 %*

Enfin, à la troisième étape du processus d'évaluation des soumissions, le Distributeur appliquera le critère du coût total le plus faible pour les conditions demandées, tel que prévu à la Procédure d'appel d'offres.

Ces différents critères de sélection seront plus amplement décrits dans le document d'appel d'offres, lequel sera déposé à la Régie dans un délai raisonnable préalablement au lancement de l'appel d'offres. »

2.1.2 APPEL D'OFFRES POUR LE BLOC D'ÉNERGIE PRODUITE AVEC DE LA BIOMASSE

Dans sa lettre du 1er avril 2003, le Distributeur informe la Régie qu'il devra apporter les ajustements suivants à la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions et à la pondération approuvées par la décision D-2002-169 :

> *« Ainsi, afin de refléter le fait qu'il n'y a pas d'option de report envisagée et que les livraisons ne comportent plus de produits cyclables, des ajustements ont été apportés à la pondération de la grille de sélection à être utilisée à l'étape 2 du processus d'évaluation des soumissions :*
>
> - *La pondération du critère de flexibilité est ramenée de 10 % à 5 %;*
> - *La pondération du critère de faisabilité passe de 10 % à 15 %, compte tenu de l'importance du volet « approvisionnement en biomasse ».*
>
> *Tel que déjà annoncé, ces différents critères de sélection seront plus amplement décrits dans le document d'appel d'offres, lequel sera déposé à la Régie dans un délai raisonnable préalablement au lancement de l'appel d'offres. »*

3. OPINION DE LA RÉGIE

Considérant que la Régie a approuvé la Procédure d'appel d'offres du Distributeur dans sa décision D-2001-191 de même que la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions et sa pondération dans ses décisions D-2002-17 et D-2002-169, la Régie est d'avis que le Distributeur ne peut modifier unilatéralement certaines modalités de la Procédure d'appel d'offres et notamment celles relatives au processus de sélection des offres. Aussi, à la suite de l'information transmise par le Distributeur dans ses lettres, la Régie estime qu'elle doit considérer et approuver les modifications proposées au processus de sélection des offres.

3.1 DÉCRET ET RÈGLEMENT

Le Distributeur est encadré par les termes et surtout soumis aux délais très courts imposés par le Règlement. Le Règlement prévoit en effet que le Distributeur doit procéder, au plus tard le 12 mai 2003, à l'appel d'offres de chacun des blocs d'énergie prévus à l'article 1 du Règlement. Le Règlement prévoit également que le bloc d'énergie éolienne d'une capacité installée totale de 1 000 mégawatts doit être relié à l'implantation d'installations d'assemblages de turbines dans les régions spécifiées. De plus, le Règlement indique que le

bloc d'énergie produit au Québec avec de la biomasse doit l'être à partir d'une capacité installée de 100 mégawatts, la biomasse constituant au moins 75 % de la source d'approvisionnement.

Le gouvernement a spécifiquement indiqué à la Régie ses préoccupations économiques, sociales et environnementales à l'égard de l'énergie éolienne et de l'énergie produite avec de la biomasse par le Décret :

> « *1. La maximisation des retombées économiques dans la municipalité régionale de comté de Matane et dans la région administrative de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine en matière d'emplois et d'investissements doit se traduire par l'implantation des installations d'assemblages des turbines et des parcs éoliens, et pour chaque projet requis par bloc d'énergie éolienne déterminé par Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse, édicté par le décret numéro 352-2003 du 5 mars 2003, par la réalisation de dépenses et d'investissements dans cette municipalité régionale de comté et dans cette région administrative à :*
>
> *- 40 % des coûts globaux pour les 200 mégawatts requis au plus tard le 1er décembre 2006;*
>
> *- 50 % des coûts globaux pour les 100 mégawatts requis au plus tard le 1er décembre 2007;*
>
> *- 60 % des coûts globaux pour les autres mégawatts requis subséquemment;*
>
> *2. Afin d'assurer l'émergence de la production d'énergie éolienne et de favoriser la production d'énergie avec de la biomasse telle que définie dans le Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse, le coût d'achat de l'électricité provenant des blocs d'énergie déterminé par règlement du gouvernement doit être pris en compte dans l'établissement du coût de service du distributeur.* »

3.2 AJUSTEMENTS ENVISAGÉS PAR LE DISTRIBUTEUR

Le Décret et le Règlement viennent circonscrire la tâche de la Régie dans cette affaire puisque la politique gouvernementale à l'égard du bloc d'énergie éolienne et du bloc d'énergie produite avec de la biomasse est prévue au Décret et la Régie doit en tenir compte. L'acquisition de ces blocs d'énergie n'était d'ailleurs pas prévue lorsque la Régie a fait l'examen du plan d'approvisionnement 2002-2011 du Distributeur. La Régie doit procéder à

vérifier si les modifications proposées par le Distributeur dans ses lettres du 20 mars et du 1er avril 2003 sont conformes au Règlement, au Décret et à la Loi.

Il y a d'abord lieu de souligner l'importance du processus de sélection des offres et notamment des critères et de la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions. Cela tient aux exigences de la Loi en la matière :

> « *74.1. Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.* (nos soulignés)
>
> *[...]* »

La Procédure d'appel d'offres du Distributeur, telle qu'approuvée par la Régie[3], implique un processus de sélection en trois étapes, et prévoit notamment que le document d'appel d'offres contienne la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions. Cette grille doit décrire les critères qui sont pris en compte lors de l'évaluation des soumissions, soit : les critères ayant une incidence monétaire, et les critères qui affectent les risques assumés par le Distributeur sans avoir une incidence monétaire directe.

Des exigences minimales applicables à certains critères (par exemple, des exigences minimales relatives à la capacité financière d'un soumissionnaire) sont pris en compte à l'étape 1 du processus de sélection. La grille de sélection pour l'évaluation des soumissions est appliquée à l'étape 2 du processus de sélection.

Dans l'examen des risques et des critères de sélection en vue du lancement du premier appel d'offres, la Régie a confirmé[4] qu'elle devait notamment s'assurer du traitement équitable et impartial des fournisseurs participants. La Régie a souligné à cette occasion que la crédibilité du processus de sélection était primordiale et qu'il était souhaitable qu'un maximum de fournisseurs intéressés aient la possibilité d'y participer pour susciter une saine compétition et assurer un approvisionnement au moindre coût. De même, la Régie

---

3 Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001, Annexe A, page 2.

4 Décision D-2002-17, dossier R-3470-2001, 21 janvier 2002, page 24.

demandait[5] au Distributeur de clarifier la méthodologie d'affectation des points non monétaires en regard de chacun des critères de sélection. Cet aspect était jugé primordial à la transparence du processus, à l'équité envers les fournisseurs et au maintien de l'intérêt des soumissionnaires potentiels pour les appels d'offres futurs.

Notons que la décision D-2002-169 approuvait, avec certaines précisions et modifications, la grille de sélection et sa pondération[6]. Le Distributeur devait notamment proposer, avant le prochain appel d'offres de long terme, un critère non monétaire relié au développement durable comportant un pointage significatif à l'intérieur des 40 points alloués à l'ensemble des critères non monétaires de la grille de sélection[7].

Vu la teneur des décisions antérieures à cet égard, la Régie doit donc se satisfaire que le processus de sélection des offres, les critères et les grilles de sélection ainsi que la pondération des critères rencontrent les exigences de la Loi en terme d'équité et d'impartialité envers les soumissionnaires.

De plus, la Régie souligne qu'il y a lieu de distinguer son rôle au niveau de l'approbation de la Procédure d'appel d'offres et de la surveillance des appels d'offres. La surveillance est essentiellement un exercice administratif permettant à la Régie de s'assurer que la Procédure d'appel d'offres a été suivie. À ce stade, la Régie n'a pas à modifier la Procédure d'appel d'offres mais doit voir simplement à son application.

> « *74.2 La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés.* »

La Régie constate que le processus de sélection des offres peut devoir être ajusté en fonction de la conjoncture. Voyons maintenant les ajustements proposés par le Distributeur au processus de sélection pour les appels d'offres découlant du Règlement.

3.2.1 PROCESSUS DE SÉLECTION DES OFFRES, CRITÈRES ET GRILLE DE SÉLECTION POUR LE BLOC D'ÉNERGIE ÉOLIENNE

La Régie constate que les exigences minimales que le Distributeur entend appliquer à l'étape 1 du processus de sélection des offres, en sus de celles qu'il utilise normalement dans

---

5 Décision D-2002-17, dossier R-3470-2001, 21 janvier 2002, page 33.
6 Décision D-2002-169, dossier R-3470-2001, 2 août 2002, page 73.
7 Décision D-2002-169, dossier R-3470-2001, 2 août 2002, page 72.

ses appels d'offres, reproduisent adéquatement les préoccupations que le gouvernement indique à la Régie dans son Décret 353-2003.

Quant à l'étape 2 du processus de sélection des offres, aux fins d'assurer l'équité envers les fournisseurs et pour maintenir l'intérêt des soumissionnaires potentiels pour les appels d'offres futurs, la Régie est d'avis qu'il y aurait lieu de définir clairement la méthode d'affectation des points aux critères non monétaires « contenu régional additionnel » et « contenu québécois » afin d'assurer que le processus soit transparent. La Régie demande donc que le Distributeur accorde une attention particulière à la description de ces critères de sélection dans le document d'appel d'offres, lequel devra être déposé à la Régie dans un délai raisonnable préalablement au lancement de l'appel d'offres, conformément aux indications de sa décision D-2001-191. La Régie, dans le cadre de sa surveillance de la Procédure d'appel d'offres, fera ses observations, le cas échéant.

Par ailleurs, la Régie constate que la grille de sélection envisagée à l'étape 2 avec les pondérations accordées aux critères non monétaires « contenu régional additionnel » et «contenu québécois » permet d'assurer que les projets retenus à cette étape maximisent les retombées dans les régions administratives visées, conformément aux indications du Décret 353-2003.

Enfin, la Régie constate que l'application du critère du coût total le plus faible pour les conditions demandées à l'étape 3 est conforme à la Procédure d'appel d'offres telle qu'approuvée par sa décision D-2001-191.

3.2.2 PROCESSUS DE SÉLECTION DES OFFRES, CRITÈRES ET GRILLE DE SÉLECTION POUR LE BLOC D'ÉNERGIE PRODUITE À PARTIR DE LA BIOMASSE

La Régie constate que le Distributeur a modifié la pondération des critères non monétaires « flexibilité » et « faisabilité du projet » établie dans la grille de sélection de l'étape 2 du processus de sélection des offres par rapport à celle approuvée par la Régie dans ses décisions antérieures. Selon le Distributeur, ces modifications permettent de refléter le fait qu'il n'y a pas d'option de report envisagée, que les livraisons ne comportent plus de produits cyclables et que le volet « approvisionnement en biomasse » est important. La Régie est satisfaite des modifications apportées à la grille utilisée dans le processus de sélection pour les offres d'énergie produite à partir de la biomasse. Par ailleurs, compte tenu des indications du Règlement, la Régie note que le Distributeur doit s'assurer dans son

processus de sélection que la biomasse constitue au moins 75 % de la source d'approvisionnement.

3.2.3 CRITÈRE DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Bien que les appels d'offres envisagés viseront les marchés de long terme, la Régie considère que les indications de sa décision D-2002-169 relativement à l'inclusion dans la grille de sélection d'un critère non monétaire relié au développement durable n'ont pas à être appliquées aux appels d'offres en question. En effet, selon la Régie, l'application d'un tel critère n'est pas essentiel dans les cas présents où chaque appel d'offre ne concerne qu'une filière et que des exigences précises pour chaque filière découlent du Décret et du Règlement.

VU ce qui précède ;

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*[8], le *Décret 352-2003 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard de l'énergie éolienne et de l'énergie produite avec de la biomasse* et le *Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse*, les décisions D-2001-191, D-2002-17 et D-2002-169;

La Régie de l'énergie :

Aux fins des appels d'offres visant le bloc d'énergie éolienne et le bloc d'énergie produite avec de la biomasse :

APPROUVE les modifications apportées à la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions reliées aux appels d'offres découlant du *Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse* ainsi que la pondération accordée aux critères, incluant les ajouts d'exigences minimales à l'étape 1 du processus de sélection des offres d'énergie éolienne;

[8] L.R.Q., c. R-6.01.

DISPENSE le Distributeur d'inclure dans la grille de sélection un critère non monétaire relié au développement durable dans le cadre de ces appels d'offres.

Normand Bergeron
Vice-président

Anita Côté-Verhaaf
Régisseure

Francine Roy
Régisseure

Hydro-Québec représentée par M[es] Nicole Lemieux et Simon Turmel.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2006-03	R-3592-2005	9 janvier 2006

PRÉSENT :

M[e] Benoît Pepin, LL.M.
Régisseur

Hydro-Québec
Demanderesse

et

Groupe de recherche appliquée en macroécologie et
Union des consommateurs
Intéressés

Décision relative aux demandes d'intervention

Demande d'Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité afin d'obtenir l'autorisation requise pour l'acquisition et la construction d'immeubles ou d'actifs destinés au transport d'électricité («Budget des investissements 2006 pour les projets du Transporteur dont le coût individuel est inférieur à 25 millions de dollars »)

1. HISTORIQUE

La présente décision porte sur les demandes d'intervention relatives à la demande d'autorisation du budget 2006 pour les projets d'Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) dont le coût individuel est inférieur à 25 millions de dollars, produite le 1er décembre 2005.

Le 12 décembre 2005, la Régie de l'énergie (la Régie) transmet aux intervenants du dossier tarifaire 2005 du Transporteur et diffuse sur son site Internet, une lettre procédurale invitant les intéressés à intervenir au plus tard le 20 décembre 2005.

2. DEMANDES D'INTERVENTION

La Régie a reçu deux demandes d'intervention. Elle accorde le statut d'intervenant à UC pour les motifs énoncés dans sa demande. Elle rejette la demande du GRAME pour les motifs énoncés ci-après.

Pour obtenir le statut d'intervenant, un intéressé doit établir à la satisfaction de la Régie, conformément à l'article 8 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*[1] (le Règlement) son intérêt à participer, sa représentativité et l'objectif de son intervention. Dans son appréciation, la Régie tient compte du lien entre les conclusions recherchées par l'intéressé et son intérêt. La demande d'intervention doit donc démontrer la pertinence de l'apport de l'intéressé à l'étude du dossier eu égard à son champ de compétence.

Il ressort des articles 7 et 8 du Règlement qu'il appartient à la Régie d'examiner les demandes d'intervention et de déterminer s'il est opportun de permettre la participation de l'intéressé au dossier. Ces dispositions et leur application sont alors conformes aux règles admises du droit administratif voulant que la Régie soit maître de sa procédure[2] et qu'il lui appartient de juger de la nécessité et de l'utilité de la participation d'un intéressé, surtout d'intérêt public, à l'examen du dossier.

---

1 (1998) 130 G.O. II, 1245.

2 *American Airlines, Inc.* c. *Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88, aux pages 95 et 96 (C.A.F.), conf. [1989] 1 R.C.S. 236.

Dans ce cadre, le GRAME souhaite intervenir pour s'assurer que les choix du Transporteur s'inscrivent dans une optique de développement durable. En particulier, le GRAME tient à vérifier que les critères environnementaux ont été pris en compte à leur juste valeur et que les impacts négatifs sur l'environnement seront limités. Le GRAME tient également à analyser les hypothèses considérées dans le calcul d'impact tarifaire de l'ensemble des projets. Enfin, le GRAME souhaite vérifier que les investissements sont nécessaires et qu'ils seront optimisés.

Le GRAME n'a pu, conformément à l'article 8 du Règlement, clairement identifier les sujets et préciser les conclusions qu'il recherche.

Les principes énoncés dans la demande d'intervention sont généraux et ne permettent pas à la Régie de constater un intérêt réel et actuel à participer au présent débat, ni la perspective d'une participation suffisamment utile à l'examen de la Régie. Le GRAME ne propose aucune préoccupation particulière à l'égard de la demande du Transporteur, ni ne soumet comment son intervention peut apporter un éclairage utile à la demande d'examen de budgets d'investissement par catégorie ou par famille d'actifs. La présente demande ne vise pas l'examen d'un projet individualisé d'investissement dont les impacts environnementaux peuvent être évalués.

Il ne s'agit pas ici d'un intérêt concret qui distingue l'intéressé des autres membres de la société et qui laisse présager d'une participation utile sur le plan de l'intérêt public. En conséquence, la Régie rejette sa demande d'intervention.

3. RENCONTRE PRÉPARATOIRE

À l'examen de la demande d'UC, la Régie s'interroge sur les moyens choisis pour sa participation. Elle la convoque donc, avec le Transporteur, à une rencontre préparatoire à être tenue aux bureaux de la Régie à Montréal, vendredi le 13 janvier 2006 à compter de 14 h.

La Régie de l'énergie :

ACCORDE le statut d'intervenant à UC;

REJETTE la demande de statut d'intervenant du GRAME;

CONVOQUE les participants à une rencontre préparatoire à être tenue aux bureaux de la Régie à Montréal, vendredi le 13 janvier 2006 à compter de 14 h.

Benoît Pepin
Régisseur

GRAME représenté par M. Jean-François Lefebvre;
Hydro-Québec représentée par M^{e} F. Jean Morel et M^{e} Carolina Rinfret;
UC représentée par M^{e} Eve-Lyne H. Fecteau.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2005-150	R-3549-2004	17 août 2005

PRÉSENTS :

M[e] Benoît Pepin, LL.M.
M. François Tanguay
M. Richard Carrier, B.Sc. (Écon.), M.Sc. (Écon.)
Régisseurs

Hydro-Québec
Demanderesse

et

Intéressés dont les noms apparaissent à la page suivante
Intéressés

Décision relative aux demandes d'intervention

Demande relative à la modification des conditions des services de transport d'Hydro-Québec

Intéressés :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec);
- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ);
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ);
- Brascan Énergie Marketing Inc. (BEMI);
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME);
- Ontario Power Generation (OPG);
- Option consommateurs (OC);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA);
- Union des consommateurs (UC);
- Union des municipalités du Québec (UMQ).

1. HISTORIQUE

La présente décision porte sur les demandes d'intervention relatives à la Phase 2 de la demande tarifaire 2005 de Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur), produite le 23 juin 2005.

Le 4 juillet 2005, la Régie, par sa décision D-2005-123, fait publier un avis public dans cinq quotidiens le 9 juillet 2005. Elle invite les intéressés à intervenir au plus tard le 22 juillet 2005 et reçoit les demandes de 12 intéressés.

Le 29 juillet 2005, le Transporteur transmet ses commentaires sur les demandes d'intervention. AQCIE/CIFQ, RNCREQ et S.É./AQLPA y répliquent avant l'échéance du 3 août 2005.

2. DEMANDES D'INTERVENTION

La Régie a reçu 12 demandes d'intervention. Elle accorde le statut d'intervenant à dix de ces intéressés pour les motifs énoncés dans leurs demandes. Elle rejette les demandes du GRAME et de S.É./AQLPA pour les motifs énoncés ci-après.

Pour obtenir le statut d'intervenant, un intéressé doit établir à la satisfaction de la Régie, conformément à l'article 8 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*[1] (le Règlement) son intérêt à participer, sa représentativité et l'objectif de son intervention. Dans son appréciation, la Régie tient compte du lien entre les conclusions recherchées par l'intéressé et son intérêt. La demande d'intervention doit donc démontrer la pertinence de l'apport de l'intéressé à l'étude du dossier eu égard à son champ de compétence.

Il ressort des articles 7 et 8 du Règlement, qu'il appartient à la Régie d'examiner les demandes d'intervention et de déterminer s'il est opportun de permettre la participation de l'intéressé au dossier. Ces dispositions et leur application sont alors conformes aux règles admises du droit administratif voulant que la Régie soit maître de sa procédure[2] et qu'il lui appartient de juger de la nécessité et de l'utilité de la participation d'un intéressé, surtout d'intérêt public, à l'examen du dossier.

---

1 (1998) 130 G.O. II, 1245.

2 *American Airlines, Inc.* c. *Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88, aux pages 95 et 96 (C.A.F.), conf. [1989] 1 R.C.S. 236.

Dans ce cadre, le **GRAME** désire défendre l'utilisation du tarif timbre-poste et de tarifs et conditions de service favorisant les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique. Il recherche la vérité des coûts aux fins de l'établissement des tarifs de transport. Il veut aussi analyser le besoin de services de transport.

Dans la décision D-2004-238, la Régie rejette la demande d'intervention du GRAME à la Phase 1 du présent dossier aux motifs que les préoccupations exposées dans sa demande ne sont pas liées aux enjeux de cette première phase et qu'elles ne sont pas liées à son intérêt.

> « *Enfin, la Régie rejette la demande d'intervention du GRAME. Les préoccupations de l'intéressé se rapportent à la Phase 2 du dossier. D'autre part, le GRAME n'a pas démontré le lien entre son intérêt de nature environnemental et les thèmes de nature tarifaire qu'il compte traiter.* » [page 7]

Dans sa présente demande, le GRAME n'ajoute rien à celle soumise en Phase 1 quant au lien entre son intérêt de nature environnementale et les thèmes qu'il compte traiter. Bien que le GRAME allègue une expérience et une expertise en matière des impacts des gaz à effet de serre, les sujets dont il désire traiter débordent de ce champ d'expertise. Le GRAME n'a pu, conformément à l'article 8 du Règlement, clairement identifier les sujets et préciser les conclusions qu'il recherche. Les principes généraux énoncés dans la demande d'intervention ne permettent pas à la Régie de constater un intérêt réel et actuel à participer au présent débat, ni la perspective d'une participation suffisamment utile à l'examen de la Régie. En conséquence, la Régie rejette sa demande d'intervention.

S.É./AQLPA envisage de traiter des thèmes suivants :

- la politique de rabais;
- les tarifs des services complémentaires;
- le retrait par HQT de sa proposition de priorisation de la charge locale;
- l'exclusion du service complémentaire de compensation pour écart de réception dans le cas de la charge locale;
- l'interruption de la charge locale combinée à la désignation d'une ressource de production comme moyen de relève pour assurer la fiabilité de l'alimentation de la charge en cas d'urgence;
- les règles d'entretien des postes de départ.

Les motifs invoqués par cet intéressé à l'appui de son intervention ne convainquent pas la Régie qu'il a un intérêt suffisant. Invoquer la recherche de la vérité des prix, un concept général de réglementation économique, n'est pas une préoccupation spécifique à cet intéressé. Il ne s'agit pas ici d'un intérêt concret qui distingue l'intéressé des autres membres de la société et qui laisse présager d'une participation utile au dossier.

La politique de rabais, les services complémentaires, le service de la charge locale ainsi que l'entretien des postes de départ n'ont pas de lien direct ou spécifique avec les intérêts que défend S.É./AQLPA. De plus, ces sujets sont abordés par divers intéressés concernés par les conséquences de ces politiques tarifaires.

S.É./AQLPA n'a pu établir un lien direct ou substantiel entre ces sujets de nature tarifaire et technique et son intérêt. La décision à venir dans ce dossier n'aura pas d'impact sur cet intéressé et sa participation n'est pas susceptible d'être utile sur le plan de l'intérêt public. Ces facteurs dictent à la Régie le rejet de sa demande d'intervention.

De même, répondant à la préoccupation de l'intéressé mentionnée dans sa réplique à l'égard du traitement équitable qui lui sera réservé dans le cadre du présent dossier, la Régie fait siens les propos suivant de la *Divisional Court* de l'Ontario :

> « *It is not accurate to say that the public interest intervenors have the same interest as everyone else or that they are therefore being discriminated against when they are not afforded identical disclosure, cross-examination, and other participation to that enjoyed by the other parties. Different interests in the inquest require different levels of participation and there is no discrimination in restricting the participation of any party to matters relevant to the interest of the party.* »[3]

3 *People First of Ontario* c. *Niagara (Regional Coroner)*, 1991 CarswellOnt 705, au § 101, aussi rapportée à (1991) 50 O.A.C. 90, 5 O.R. (3d) 609, [1992] 85 D.L.R. (4th) 174 (Ont. Div. Ct.).

La Régie de l'énergie :

ACCORDE le statut d'intervenant à ACEF de Québec, AIEQ, AQCIE/CIFQ, BEMI, FCEI, OPG, OC, RNCREQ, UC et UMQ;

REJETTE les demandes de statut d'intervenant du GRAME et de S.É./AQLPA.

Benoît Pepin
Régisseur

François Tanguay
Régisseur

Richard Carrier
Régisseur

Représentants :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec) représentée par MM. Richard Dagenais et Vital Barbeau;
- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ) représentée par M. Jean-François Samray;
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ) représenté par M^{e} Pierre Pelletier;
- Brascan Énergie Marketing Inc. (BEMI) représenté par M^{e} Pierre Legault;
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) représenté par M^{e} André Turmel;
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME) représenté par M. Jean-François Lefebvre;
- Hydro-Québec représentée par M^{e} F. Jean Morel et M^{e} Carolina Rinfret;
- Ontario Power Generation (OPG) représenté par M^{e} Pierre Tourigny;
- Option consommateurs (OC) représentée par M^{e} Stéphanie Lussier;
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ) représenté par M^{e} Hélène Sicard;
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M^{e} Dominique Neuman;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^{e} Eve-Lyne H. Fecteau;
- Union des municipalités du Québec (UMQ) représentée par M^{e} Steve Cadrin.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2005-85	R-3565-2005	11 mai 2005

PRÉSENT

M[e] Benoît Pepin, LL. M.
Régisseur

Hydro-Québec
Demanderesse

et

Stratégies Énergétiques (S.É.) et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)
Intéressé

Décision procédurale – Reconnaissance d'un intervenant et calendrier

Demande d'autorisation du Distributeur afin de réaliser le programme d'automatisation du réseau

1. INTRODUCTION

Le 18 mars 2005, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) demande à la Régie de l'énergie (la Régie) d'autoriser la réalisation du programme d'automatisation du réseau en vertu de l'article 73 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*[1]. Le 6 avril 2005, la Régie invite les personnes intéressées à participer à l'étude de ce dossier à déposer une demande d'intervention.

La présente décision a pour objectif d'établir le cadre procédural et le calendrier d'examen de la demande du Distributeur ainsi que de décider de la reconnaissance des intervenants.

2. OPINION DE LA RÉGIE

2.1 RECONNAISSANCE DES INTERVENANTS

La Régie a reçu une seule demande d'intervention, de S.É./AQLPA.

Dans sa demande d'intervention, S.É./AQLPA désire s'assurer que le présent dossier tienne compte de modalités de l'automatisation du réseau pouvant être souhaitables pour faciliter l'intégration de la production distribuée. L'intéressé souhaite examiner le potentiel d'intégration de production distribuée des lignes de distribution. Enfin, il désire identifier les causes des discontinuités de service persistant sur les lignes télécommandées.

Les préoccupations de S.É./AQLPA quant à la production distribuée sont peu tangibles et n'incluent aucune conclusion concrète. La production distribuée est, pour l'instant, un phénomène naissant au Québec. De fait, au niveau de la très petite production, l'autoproduction pouvant se raccorder aux lignes de distribution, les conditions de service et les modalités tarifaires font présentement l'objet d'un dossier distinct devant la Régie[2].

La gestion de la production décentralisée n'est pas un enjeu réel du dossier, elle n'est qu'une conséquence du programme d'automatisation proposé. L'intéressé prend ici occasion du présent dossier pour tenter d'introduire l'examen d'une question qui s'éloigne considérablement de l'objectif recherché. La préoccupation du Distributeur, à laquelle la Régie souscrit ici, porte sur l'absence d'intérêt concret de l'intéressé quant au véritable

---

1 L.R.Q., c. R-6.01.

2 Demande d'approbation des modalités tarifaires et de conditions de service liées à l'autoproduction d'électricité, dossier R-3551-2004.

objectif du programme d'automatisation du réseau qui est l'amélioration de la continuité de service pour le consommateur.

Au surplus, sur le plan procédural, il est incorrect d'affirmer que la position du Distributeur visant l'opportunité d'inclure un sujet au cadre de l'audience peut être irrecevable. L'exercice de «*scoping*» ne requiert pas, devant les tribunaux administratifs comme la Régie, l'administration d'une preuve contradictoire. Dans ce cadre, le dépôt d'un affidavit exprimant tant certains faits que des opinions n'ajoute rien au débat.

La demande d'intervention ne rencontre pas les objectifs de l'article 8 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*[3] et la Régie conclut qu'elle ne se limite pas au débat réel résultant de la mise en œuvre du programme d'automatisation du réseau, ni ne présente le caractère de pertinence lui permettant d'être utile à ses délibérations.

Sans constituer ici un motif de rejet, la Régie souligne à nouveau que, tel qu'il est maintenant fréquent de constater pour cet intéressé, sa demande d'intervention est parvenue à la Régie avec un léger retard, malgré les instructions claires contenues dans sa lettre du 6 avril 2005. De même, l'envoi d'une réplique à la réponse du Distributeur n'ajoute rien à la demande d'intervention de l'intéressé tout en retardant le processus réglementaire.

Pour l'ensemble de ces motifs, la Régie rejette la demande d'intervention de S.É./AQLPA.

2.2 CADRE PROCÉDURAL ET CALENDRIER D'EXAMEN

La demande du Distributeur soulève, à sa lecture, deux interrogations générales que la Régie juge opportun d'explorer au stade préliminaire de son examen. La Régie se questionne, d'une part, sur la démonstration du besoin pouvant donner lieu au programme proposé. D'autre part, et ce sujet est lié au premier, la Régie s'interroge sur l'étude de faisabilité économique du projet, notamment par le biais d'une étude coûts/bénéfices pour les consommateurs.

À cette fin, la Régie convoque le Distributeur à une rencontre préparatoire à une date à convenir avec le Secrétaire de la Régie. À la suite de cette rencontre, la Régie décidera du mode et du calendrier d'examen du dossier.

[3] (1998) 130 G.O. II, 1245.

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*, notamment ses articles 25 et 73;

CONSIDÉRANT le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*, notamment son article 8;

CONSIDÉRANT le *Guide de paiement de frais des intervenants*[4], notamment son article 19;

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande d'intervention de S.É./AQLPA;

CONVOQUE le Distributeur à une rencontre préparatoire à ses bureaux de Montréal à une date à convenir avec le Secrétaire de la Régie.

Benoît Pepin
Régisseur

La demanderesse par M^e^ Éric Fraser;
L'intéressé par M^e^ Dominique Neuman.

[4] Décision D-2003-183, dossier R-3500-2002, 2 octobre 2003.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2004-268	R-3550-2004	16 décembre 2004

PRÉSENTS

M. Michel Hardy, B. Sc. A., MBA
M. Anthony Frayne, B. Sc. (Écon.), MBA
M[e] Benoît Pepin, LL. M.

Régisseurs

Hydro-Québec

Demanderesse

et

Intéressés dont les noms apparaissent à la page suivante

Décision procédurale – Reconnaissance des intervenants, calendrier et budgets

Demande d'approbation du Plan d'approvisionnement 2005-2014 du Distributeur

Intéressés :

- Association de l'aluminium du Canada (AAC);
- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ);
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ);
- Bureau d'analyse énergétique de la Capitale-Nationale (BAÉCN);
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME);
- Option consommateurs (OC);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Société en commandite Gaz Métro (SCGM);
- Société nucléaire canadienne (SNC);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (SÉ/AQLPA);
- Union des consommateurs (UC);
- Union des municipalités du Québec (UMQ).

1. INTRODUCTION

Le 1er novembre 2004, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) demande à la Régie de l'énergie (la Régie) d'approuver son Plan d'approvisionnement 2005-2014. Dans sa décision D-2004-240[1], la Régie invite les intéressés à déposer une demande d'intervention et les convoque à une rencontre préparatoire visant à discuter de l'objet de ces interventions, des questions à débattre et des moyens requis pour éclairer la Régie. Le 2 décembre 2004, le Distributeur et la plupart des intéressés participent à cette rencontre.

La tenue de cette rencontre préparatoire, avant d'émettre une décision procédurale sur la reconnaissance des intervenants et la procédure de traitement du dossier, montre le désir de la Régie de mettre en place une procédure axée sur le dialogue constructif avec l'ensemble des intéressés. Elle vise à leur accorder l'opportunité d'influencer non seulement le fond du dossier mais également la procédure de son examen. Elle leur permet d'éclairer la Régie sur les questions d'intérêt pour eux, dans un environnement où le débat doit faire place à la collaboration et à la compréhension des intérêts légitimes des autres.

Par la présente décision, la Régie reconnaît les intervenants pour l'examen du Plan d'approvisionnement 2005-2014 du Distributeur. Elle fixe le calendrier d'étude du dossier et donne aux intervenants des instructions quant à la préparation des budgets.

2. OPINION DE LA RÉGIE

2.1 RECONNAISSANCE DU STATUT D'INTERVENANT

La Régie a reçu douze demandes d'intervention et une demande de l'AAC de lui soumettre des commentaires écrits.

La Régie accorde, avec certaines conditions énoncées plus loin, le statut d'intervenant aux dix intéressés suivants : AIEQ, AQCIE/CIFQ, FCEI, GRAME, OC, RNCREQ, SCGM, SÉ/AQLPA, UC et UMQ. Elle rejette les demandes du BAÉCN et de la SNC.

[1] Décision D-2004-240, 11 novembre 2004.

À la suite de l'étude des demandes d'intervention et de la rencontre préparatoire, la Régie constate que certains intervenants ont exprimé des préoccupations précises et importantes à l'égard du Plan d'approvisionnement du Distributeur. Par contre, d'autres n'ont pu lui faire part que d'un intérêt général, soit : l'AIEQ, le GRAME et l'UMQ. La Régie recommande à ceux-ci, aux fins de l'appréciation de l'utilité de leur participation, de cibler davantage leur intervention en identifiant des problématiques et des solutions concrètes.

La Régie partage l'intérêt de l'AQCIE/CIFQ quant à l'examen de la méthodologie de la prévision de la demande d'électricité par secteur, à l'identification des variables clés, au dépôt des données historiques pour les variables clés utilisées pour réaliser cette prévision ainsi qu'à l'examen de la méthodologie de normalisation des ventes réalisées. Elle partage également son besoin d'obtenir la conciliation des résultats en énergie et en puissance. L'examen de l'ensemble des modèles et des données utilisés par le Distributeur est certes pertinent à terme. Cependant, pour les fins du présent dossier, la Régie invite l'intervenant à concentrer son analyse sur des modèles particuliers pour lesquels il est en mesure d'exprimer une préoccupation concrète ou dont l'impact pour ses membres est significatif. Elle l'invite également à consulter les informations soumises par Hydro-Québec dans les dossiers R-3526-2004 et R-3541-2004 afin de circonscrire ses demandes de renseignements aux informations additionnelles requises pour les fins de l'analyse des modèles particuliers qu'il choisira d'examiner.

La Régie note les préoccupations communes de plusieurs intervenants. Elle incite ces derniers à se consulter afin d'éviter le chevauchement de preuve et à se regrouper pour étudier des thèmes communs.

La Régie limite l'intervention de SÉ/AQLPA aux trois sujets pour lesquels elle juge que l'intervenant pourra être utile, à savoir :

- l'acquisition de produits d'énergie seule dans le plan d'approvisionnement;
- la durée des contrats d'approvisionnement à long terme;
- l'approvisionnement des réseaux autonomes et les mesures d'efficacité énergétique spécifiques à cette clientèle.

La Régie refuse le statut d'intervenant au BAÉCN. Celui-ci n'a pas fait état de connaissances particulières en matière de planification des approvisionnements permettant à la Régie d'anticiper un éclairage utile de sa part à l'examen du dossier. De plus, les sujets dont il veut traiter, à savoir la gestion de la demande par l'intermédiaire des technologies de

l'information et la conception de projets pilotes ayant pour objectif une utilisation plus efficace de l'énergie, n'entrent pas dans le cadre du présent dossier. Enfin, la Régie constate qu'il n'a pas fait état d'une représentativité quelconque.

La Régie refuse également le statut d'intervenant à la SNC. La conclusion recherchée par l'intéressée, à savoir la production d'une étude sur la faisabilité d'un projet de centrale nucléaire, n'entre pas dans le cadre du présent dossier. Si l'intéressée le désire, la Régie l'invite à déposer des observations écrites sur les problématiques propres à la filière nucléaire relativement au mécanisme d'appel d'offres prévu par la *Loi sur la Régie de l'énergie*[2].

La Régie rappelle que tout intéressé peut soumettre des observations relativement à une question débattue devant la Régie, même s'il n'a pas le statut d'intervenant. Elle fixe au **15 avril 2005 à 12 h** la date limite à laquelle les intéressés, notamment l'AAC et la SNC, pourront transmettre leurs observations écrites à la Régie.

2.2 BUDGET

Pour l'AIEQ, le GRAME, SÉ/AQLPA et l'UMQ, la Régie établit les balises d'une éventuelle demande de remboursement des frais de participation sur la base du *Guide de paiement de frais des intervenants*[3] (le Guide), en fonction d'une audience de deux journées et demie. Elle établit les balises pour la participation de l'AQCIE/CIFQ en fonction d'une audience de cinq journées. Ces balises constituent un maximum et doivent être modulées par chaque intervenant en fonction de l'ampleur de son intervention et de la portée de ses conclusions. Elles s'appliquent aux frais admissibles et ne limitent en rien la discrétion de la Régie de juger de l'utilité. La Régie dispense ces intervenants de déposer un budget prévisionnel.

OC, UC, la FCEI et le RNCREQ proposent une intervention ciblée et structurée, portant sur plusieurs sujets. En conséquence, ces intervenants sont invités à déposer un budget de participation englobant l'ensemble des honoraires et des dépenses nécessaires pour leur

---

[2] L.R.Q., c. R-6.01.
[3] Décision D-2003-183, dossier R-3500-2002, 2 octobre 2003.

participation au présent dossier[4], au plus tard le **5 janvier 2005 à 16 h**. Celui-ci devra inclure les informations suivantes :

- un exposé des objectifs de la participation et de l'impact des sujets abordés sur l'intérêt de l'intervenant;
- son expertise sur les sujets qu'il désire aborder, y compris l'expertise particulière des ressources affectées au dossier;
- le mandat des analystes et des témoins experts, le cas échéant;
- une estimation détaillée du coût et des moyens requis par l'intervenant quant à ses besoins spécifiques en services d'avocat, de témoin expert, d'analyste et de coordonnateur, en fonction des enjeux qu'il souhaite aborder;
- le curriculum vitae des personnes affectées au dossier, avec le détail de l'expérience pertinente aux sujets abordés.

2.3 RÉUNION TECHNIQUE

La Régie considère que les demandes de renseignements constituent un moyen efficace pour les intervenants d'obtenir les informations requises. Compte tenu que la méthodologie de prévision de la demande a déjà été étudiée, elle rejette la proposition de tenir une réunion technique à ce sujet.

La Régie considère que la stratégie d'approvisionnement et sa gestion à court et très court terme est un sujet fondamental à l'élaboration du Plan d'approvisionnement. Une réunion technique à ce sujet permettra une mise à niveau des connaissances et de l'information, l'échange des préoccupations des parties et une discussion sur les enjeux en vue de mieux préparer l'audience publique. La Régie annonce donc la tenue d'une réunion technique le **14 janvier 2005 à 9 h**, au siège social de la Régie à Montréal. La Régie fera parvenir sous peu un ordre du jour aux participants. Elle demande aux intervenants et au Distributeur d'indiquer par écrit au Secrétaire de la Régie le nom des personnes qui y seront présentes d'ici le **12 janvier 2005 à 12 h**.

[4] Tous les montants relatifs à leur participation doivent apparaître uniquement à la page Budget de participation du formulaire. La Régie n'entend pas appliquer les balises à leur participation.

2.4 RENSEIGNEMENTS FOURNIS DANS LE CADRE D'AUTRES DOSSIERS

Afin de permettre un traitement efficace de l'information pertinente, lorsque le Distributeur ou un intervenant voudra référer la Régie aux renseignements fournis dans le cadre d'un autre dossier, la Régie demande que les documents ou extraits de témoignages pertinents soient identifiés de façon précise, avec référence aux numéros de pièces et de pages.

2.5 CALENDRIER

La Régie informe les participants de l'échéancier et des instructions suivantes :

5 janvier 2005, 16 h	Date limite pour le dépôt des budgets de participation
12 janvier 2005, 12 h	Date limite pour indiquer le nom des personnes qui seront présentes à la réunion technique
14 janvier 2005, 9 h	Réunion technique au siège social de la Régie à Montréal
27 janvier 2005, 12 h	Date limite pour adresser des demandes de renseignements au Distributeur
17 février 2005, 12 h	Date limite pour le dépôt des réponses du Distributeur
24 février 2005, 9h	Journée réservée pour débattre des moyens préliminaires soulevés par les parties, le cas échéant
21 mars 2005, 12 h	Date limite pour le dépôt de la preuve des intervenants
6 avril 2005, 12 h	Date limite pour adresser des demandes de renseignements aux intervenants
15 avril 2005, 12 h	Date limite pour le dépôt des observations des intéressés
18 avril 2005, 12 h	Date limite pour le dépôt des réponses des intervenants
21, 22, 26, 27 et 28 avril à 9 h	Audience au siège social de la Régie à Montréal

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*[5], notamment l'article 72;

CONSIDÉRANT le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*[6], notamment l'article 8;

CONSIDÉRANT le *Guide de paiement des frais des intervenants*[7].

---

5 L.R.Q., c. R-6.01.
6 (1998) 130 G.O. II, 1245.
7 Décision D-2003-183, dossier R-3500-2002, 2 octobre 2003.

La Régie de l'énergie :

ACCORDE le statut d'intervenant aux intéressés suivants : AIEQ, AQCIE/CIFQ, FCEI, GRAME, OC, RNCREQ, SCGM, SÉ/AQLPA, UC et UMQ;

REJETTE les demandes d'intervention du BAÉCN et de la SNC;

FIXE le calendrier tel que présenté à la section 2.5 de la présente décision.

Michel Hardy
Régisseur

Anthony Frayne
Régisseur

Benoît Pepin
Régisseur

Représentants :

- Association de l'Aluminium du Canada (AAC) représentée par M. Christian Van Houtte;
- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ) représentée par M. Jacques Marquis;
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE/CIFQ) représentée par Me Guy Sarault;
- Bureau d'analyse énergétique de la Capitale-Nationale (BAÉCN) représenté par M. Frédéric Chagnon;
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) représentée par Me André Turmel;
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME) représenté par M. Jean-François Lefebvre;
- Hydro-Québec représentée par Me Yves Fréchette;
- Option consommateurs (OC) représentée par Me Stéphanie Lussier;
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ) représenté par M. Jean Lacroix;
- Société en commandite Gaz Métro (SCGM) représentée par Me Félix Turgeon;
- Société nucléaire canadienne (SNC) représentée par M. Gilles Sabourin;
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (SÉ/AQLPA) représenté par Me Dominique Neuman;
- Union des consommateurs (UC) représentée par Me Claude Tardif;
- Union des municipalités du Québec (UMQ) représentée par Me Steve Cadrin.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2004-258	R-3552-2004	6 décembre 2004

PRÉSENTS :

Jean-Noël Vallière, B. Sc. (Écon.)
Anthony Frayne, B. Sc. (Écon.), MBA
François Tanguay

Régisseurs

Hydro-Québec

Demanderesse

et

Intéressés dont les noms apparaissent à la page suivante

Décision procédurale - Cadre de l'audience, reconnaissance des intervenants et calendrier

Demande d'approbation du budget 2005 du Plan global en efficacité énergétique du Distributeur

Intéressés :

- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ);
- Association des industries de produits verriers et de fenestration du Québec (AIPVFQ);
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE-CIFQ);
- Bureau d'analyse énergétique de la Capitale-Nationale (BAÉCN);
- Corporation des entreprises en traitement de l'air et du froid, Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique et Stratégies Énergétiques (CETAF-AQLPA-S.É.);
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME);
- M. Adam Karpinski;
- Option consommateurs (OC);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEÉ);
- Société en commandite Gaz Métro (SCGM);
- Union des consommateurs (UC);
- Union des municipalités du Québec (UMQ).

1. INTRODUCTION

Le 21 octobre 2004, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) demande à la Régie de l'énergie (la Régie) d'accueillir son Plan global en efficacité énergétique (PGEÉ) 2005-2010 et d'en approuver le budget 2005. Le 12 novembre suivant, il dépose la preuve au soutien de sa demande.

Dans sa décision D-2004-221[1], la Régie invite les intéressés à déposer leur demande d'intervention et à identifier spécifiquement les sujets dont ils désirent traiter. Par la présente décision, la Régie détermine le cadre de l'audience, reconnaît les intervenants au dossier et fixe le calendrier d'étude du dossier.

2. CADRE DE L'AUDIENCE

Pour circonscrire le cadre de l'audition de la présente demande du Distributeur, la Régie juge utile de rappeler le cheminement récent du dossier du PGEÉ. Le 5 juin 2003, elle accueille le PGEÉ 2003-2006 du Distributeur[2]. La Régie approuve par la suite le budget 2004 de ce PGEÉ, tenant compte des nouvelles évaluations des coûts évités de l'électricité[3]. Elle constitue également un groupe de travail aux fins de l'étude du potentiel technico-économique d'économie d'énergie, dont les séances de travail s'échelonnent jusqu'au 30 avril 2005[4].

La présente demande du Distributeur s'inscrit donc dans la continuité de ce processus. La Régie n'entend pas reprendre le travail considérable déjà fait relativement au PGEÉ.

Le PGEÉ 2005-2010 déposé par le Distributeur prévoit des économies d'énergie de 3 TWh implantés à la fin de 2010 et un budget global, pour la période 2003-2010, de 1 015 M$. Le budget spécifique à l'année 2005 est estimé à 119 M$.

---

1 Décision D-2004-221, dossier R-3552-2004, 28 octobre 2004.
2 Décision D-2003-110, dossier R-3473-2001, 5 juin 2003.
3 Décisions D-2004-60, 17 mars 2003, D-2004-96, 13 mai 2004 et D-2004-106, 2 juin 2003, dossier R-3519-2003.
4 Décision D-2004-133, dossier R-3519-2003, 30 juin 2004.

Dans le présent dossier, la Régie doit apprécier la mise à jour du PGEÉ ainsi que les résultats obtenus par le PGEÉ 2003-2006. En conséquence, la Régie retient les sujets suivants pour l'examen de la présente demande :

- aspects généraux et objectifs du PGEÉ 2005-2010;
- aspects budgétaires et impact tarifaire;
- montant à verser au compte de frais reportés;
- modifications au PGEÉ;
- rentabilité des programmes;
- évaluation et plan de suivi;
- suivi des indicateurs et résultats du PGEÉ 2003-2006;
- suivi des décisions antérieures de la Régie.

La Régie rappelle que la question des coûts évités de l'électricité a fait l'objet d'un examen exhaustif dans le cadre de l'approbation du budget 2004 du PGEÉ. Une décision a été rendue à cet effet en mai 2004[5]. La Régie ne procédera donc pas à une réévaluation spécifique des coûts évités dans le présent dossier. La Régie exclut également de la liste des enjeux l'étude du potentiel d'économie d'énergie, compte tenu que les travaux du groupe de travail constitué à cette fin sont toujours en cours.

3. DEMANDES D'INTERVENTION

3.1 INTÉRESSÉS

La Régie a reçu 14 demandes d'intervention. Elle résume les intentions, sujets et motifs identifiés par les intéressés.

AIEQ

- Commenter la demande du Distributeur selon une perspective spécifique propre à l'industrie électrique du Québec.

5 Dossier R-3519-2003, décision D-2004-96, 13 mai 2004.

AIPVFQ

- Promouvoir l'initiation de programmes de sensibilisation aux économies d'énergie liées à la performance des fenêtres.
- Analyser la preuve soumise par le Distributeur portant sur le budget du PGEÉ et faire des recommandations afin d'inclure un support financier pour l'achat de fenêtres efficaces correspondant aux critères de la norme « *Energy Star* ».

L'AIPVFQ discute avec certains intervenants afin de favoriser, le cas échéant, la meilleure allocation possible des ressources, eu égard au choix des experts.

AQCIE-CIFQ

- Faire valoir les intérêts de la grande industrie consommatrice d'électricité aux fins de l'examen et de l'approbation du PGEÉ du Distributeur.

BAÉCN

- Analyser les programmes d'efficacité énergétique du Distributeur.
- Soumettre des idées de projets pilotes en vue d'une utilisation plus efficace de l'électricité dans les secteurs résidentiel et commercial de la région de la Capitale-Nationale.

CETAF-AQLPA-S.É.

- Examiner :
  - la robustesse et le réalisme des programmes et modifications proposés;
  - les économies d'énergie prévues;
  - les budgets, incluant les modalités d'aide financière;
  - les conditions commerciales et de mise en oeuvre des programmes.

Cet examen porte sur l'ensemble des programmes du PGÉÉ, mais un intérêt particulier est apporté aux programmes comprenant l'installation de systèmes géothermiques.

FCEI

- Promouvoir la mise en place d'un plan de communication important, l'implication des partenaires et le respect des coûts évités.
- Rechercher l'équité entre les tarifs quant aux coûts des différents programmes (concept d'utilisateur payeur).

- S'assurer que les programmes répondent aux besoins des petites et moyennes entreprises (PME) québécoises de tous les secteurs d'activité économique, que ces PME reçoivent leur juste part d'investissement et que les canaux privilégiés pour les rejoindre soient utilisés.
- Analyser la preuve du Distributeur portant sur le budget du PGEÉ.

La FCEI indique avoir entrepris des discussions avec d'autres intéressés afin de favoriser, le cas échéant, la meilleure allocation des ressources possible, eu égard au choix des experts.

GRAME

- Évaluer les programmes et ajustements proposés de façon approfondie.
- Examiner les programmes, tenant compte des besoins de chacun des marchés.
- Examiner l'intégration des énergies renouvelables, tels que le solaire thermique et le géothermique, à l'intérieur de la stratégie du PGEÉ.
- Évaluer si des technologies ou des moyens d'interventions ont été omis, ou si les programmes proposés peuvent être bonifiés par une modification de leurs paramètres.

M. Adam Karpinski

- Examiner la modification du programme proposée.
- Étudier, par voie d'audiences publiques, les divers potentiels d'économie d'énergie et identifier de façon préliminaire une gamme complète de créneaux.
- Réévaluer le potentiel et la rentabilité économique et sociale des créneaux d'économie d'énergie, comme moyen de réduire la demande d'énergie électrique et de puissance.

OC

- Analyser et faire des représentations sur :
  - le budget 2005 demandé;
  - le traitement réglementaire du PGEÉ, dont les impacts tarifaires et les effets pour les différentes catégories de consommateurs ainsi que le recouvrement des coûts;
  - les programmes offerts à la clientèle résidentielle, particulièrement celle à faible revenu.
- Promouvoir et défendre les intérêts des consommateurs résidentiels, particulièrement les consommateurs à faible revenu.

RNCREQ

- Examiner l'étendue du plan (captation des occasions d'efficacité énergétique).
- Examiner la stratégie commerciale adoptée.

- Apprécier les objectifs globaux par rapport au potentiel réalisable et aux objectifs d'autres régions semblables.
- Vérifier l'ordonnancement et le choix des programmes retenus.
- Étudier les modifications et les ajouts de programmes.
- Établir le juste équilibre entre la promotion et les incitatifs proposés.
- Examiner le rôle de l'impact tarifaire et des autres bénéfices et enjeux non considérés.
- Vérifier et commenter le suivi et l'évaluation du PGEÉ de même que les décisions de la Régie.
- Étudier le processus de consultation proposé par le Distributeur.

Le RNCREQ annonce son intention de mettre ses ressources en commun avec le ROEÉ et UC afin d'embaucher un expert commun, dont le mandat reste à définir.

ROEÉ

- Examiner les ajouts et modifications proposés.
- Évaluer les approches commerciales retenues et les potentiels inexploités.
- Examiner le suivi des décisions antérieures, plus spécifiquement en ce qui concerne les approches personnalisées du programme de diagnostic résidentiel et les coûts évités.
- Apprécier la portée du PGEÉ à l'aide des analyses économiques et financières usuelles.

Le ROEÉ annonce son intention de mettre ses ressources en commun avec le RNCREQ et UC afin d'embaucher un expert commun, dont le mandat reste à définir.

SCGM

- Suivre l'évolution des principes réglementaires et tarifaires du dossier, pour considérer adéquatement leur incidence sur la réglementation et la tarification du gaz naturel

UC

- S'assurer de la validité des analyses et des choix en efficacité énergétique.
- Examiner de façon particulière, à l'aide d'experts, la nouvelle mise à jour du PGEÉ à l'horizon 2010 pour le secteur résidentiel et pour le tronc commun :
  - promotion et appui financier;
  - produits et approches commerciales;
  - modes de financement proposés;
  - impact des coûts du PGEÉ sur les tarifs de la clientèle domestique.
- S'assurer de l'amélioration de l'accès à l'aide financière ainsi que de l'équité du PGEÉ.

- Étudier, à l'aide d'un expert, l'impact tarifaire du budget proposé et plus particulièrement en ce qui a trait à l'équité entre les clientèles bénéficiaires.
- Étudier la question des coûts évités.
- Approfondir les mesures de suivi et d'évaluation des programmes, compte tenu de l'évolution de l'étude du potentiel technico-économique d'économie d'énergie.
- Maximiser la protection des consommateurs résidentiels et plus particulièrement ceux à faible revenu, dans une perspective de développement durable.

UC annonce son intention de mettre ses ressources en commun avec le ROEÉ et le RNCREQ afin d'embaucher un expert commun, dont le mandat reste à définir.

UMQ

- S'assurer que les orientations du Distributeur respectent les spécificités des municipalités québécoises en matière d'efficacité énergétique.
- S'assurer de l'intégration des différentes recommandations du milieu municipal ayant pour objet de répondre aux caractéristiques propres aux activités institutionnelles et industrielles de ses différents membres.

3.2 COMMENTAIRES DU DISTRIBUTEUR

Le 26 novembre 2004, le Distributeur fait parvenir à la Régie ses commentaires. De manière générale, il ne conteste pas la reconnaissance du statut d'intervenant de treize des quinze demandeurs et s'en remet à la Régie quant à l'appréciation des demandes d'intervention

Le Distributeur s'objecte cependant à la demande de monsieur Adam Karpinski et la considère non fondée en ce qui a trait à sa représentativité. Compte tenu de l'absence de motifs sérieux d'intervention et de l'imprécision des conclusions recherchées, le Distributeur conclut que le statut d'observateur convient mieux à cet intéressé.

De même, le Distributeur est d'avis que le BAÉCN n'a aucune représentativité et n'a démontré aucune expertise en efficacité énergétique, ni relation d'affaires avec l'Agence de l'efficacité énergétique du Québec (AEÉ). Le Distributeur qualifie les motifs invoqués et les conclusions recherchées de «*peu étoffés* » et conclut que le statut d'observateur convient également mieux à cet intéressé.

D'autre part, le Distributeur indique qu'il compte émettre des commentaires sur le recours à des services d'experts, sur les conclusions recherchées ainsi que sur les budgets prévisionnels lorsque ces derniers auront été déposés.

Enfin, le Distributeur fait valoir que la demande d'approbation du budget 2005 du PGEÉ est la troisième de cette nature déposée à la Régie, de sorte que plusieurs sujets ont déjà été examinés et ont fait l'objet de décisions. De plus, il indique avoir consulté intensivement des clients et des intervenants aux fins de la préparation du PGEÉ et de la preuve déposée. Dans ce contexte, le Distributeur exprime le souhait que les interventions des intéressés soient complémentaires et en continuité avec le travail déjà commencé.

3.3 RÉPLIQUES DES INTÉRESSÉS

Le 28 novembre suivant, le BAÉCN fait valoir que l'évaluation de sa représentativité doit tenir compte du fait que l'organisme est fondé depuis le 5 novembre 2004 seulement, ce qui justifie « *l'absence de démonstration de* [son] *expertise, ainsi que la carence en communication avec l'Agence de l'efficacité énergétique* ». Cependant, le BAÉCN mentionne qu'une de ses plus grandes aspirations est de soutenir les promoteurs de projets en efficacité énergétique, dans l'optique de répondre à l'intérêt du public en faveur d'un juste coût de l'efficacité énergétique.

Le BAÉCN soumet également une liste exhaustive des sujets qu'il compte aborder :

- la problématique des incitatifs partagés;
- les ménages à budget modeste;
- le suivi énergétique de l'année 2003;
- le suivi budgétaire 2004 du PGEÉ;
- le suivi budgétaire 2004 du PGEÉ – coûts versus résultats;
- les coûts évités;
- les programmes de l'AEÉ;
- les thermostats – marché existant;
- l'évaluation et la démarche globale;
- les programmes et activités d'économie d'énergie du PGEÉ.

Enfin, le BAÉCN indique qu'il ne demandera aucun budget prévisionnel, mais qu'il se réserve le droit de réclamer, à la fin du dossier, un paiement des frais correspondant aux balises fixées. Il laisse à la Régie le soin de juger de l'utilité et de la pertinence de son apport au dossier.

3.4 OPINION DE LA RÉGIE

La Régie examine les demandes reçues à la lumière de sa loi constitutive[6], du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie* (le Règlement)[7] et des décisions pertinentes. Elle prend également connaissance des commentaires du Distributeur et des répliques des intéressés.

Après examen des renseignements fournis à l'appui de leurs demandes d'intervention, la Régie conclut qu'il y a lieu d'accorder le statut d'intervenant aux intéressés suivants : AIEQ, AIPVFQ, AQCIE-CIFQ, CETAF-AQLPA-S.É., FCEI, GRAME, OC, RNCREQ, ROEÉ, SCGM, UC et UMQ. La Régie refuse toutefois le statut d'intervenant au BAÉCN et à M. Adam Karpinski.

Le BAÉCN, fondé très récemment, n'a pas fait état de connaissances particulières en efficacité énergétique qui permettent d'anticiper de sa part un éclairage utile à la Régie dans son examen du dossier. De plus, la Régie n'est pas convaincue de la pertinence de la démarche d'analyse qu'il propose, de nature essentiellement exploratoire, eu égard aux sujets que la Régie retient pour examen dans le cadre du présent dossier.

Quant à la demande de M. Karpinski, les motifs et conclusions qui y sont énoncés sont imprécis et la pertinence de sa participation éventuelle à titre d'intervenant n'a pas été établie.

Par ailleurs, la Régie note les préoccupations communes de plusieurs intervenants. Elle incite ces derniers à se consulter afin d'éviter, dans la mesure du possible, les dédoublements au niveau de la preuve et à mettre éventuellement leurs ressources en commun aux fins de l'embauche d'experts communs.

La participation des intervenants doit s'inscrire dans un contexte d'intérêt public et ne doit pas être axée sur la promotion de produits et services.

---

6 *Loi sur la Régie de l'énergie* (la Loi), L.R.Q., c. R-6.01.

7 (1998) 130 G.O. II, 1245.

4. BUDGETS PRÉVISIONNELS

La Régie retient pour la préparation des budgets prévisionnels les bornes maximales établies par le *Guide de paiement des frais des intervenants* (le Guide)[8]. La Régie estime à quatre jours le temps d'audience requis pour l'étude de l'ensemble du dossier. En plus du temps de présence à l'audience, la Régie fixe les balises suivantes :

- pour la préparation à l'audience, un nombre maximal de 80 heures-personne pour les services d'avocats;
- pour la préparation à l'audience, une enveloppe pour les services d'analystes et d'expert n'excédant pas 144 heures-personne;
- le cas échéant, un maximum équivalent à 5 % des heures admissibles de l'intervenant, pour la coordination du travail de tout regroupement;
- pour les dépenses afférentes, une allocation forfaitaire équivalant à 3 % du montant de l'ensemble des honoraires accordés à l'intervenant.

L'enveloppe allouée aux services d'analystes et d'expert demeure propre à chaque intervenant reconnu, même lors de l'embauche d'un expert commun. Dans ce cas, chaque intervenant alloue une partie ou la totalité de son enveloppe propre à la rémunération de cet expert commun.

Tenant compte des enjeux identifiés et du temps de préparation déjà octroyé pour l'examen du dossier, la Régie juge qu'aucun budget de participation supplémentaire n'est requis.

Les balises établies à la présente section en terme d'heures de préparation et de présence à l'audience sont des maxima qui présument d'une participation sur tous les sujets traités dans le présent dossier. La Régie s'attend à ce que les intervenants tiennent compte de ces balises, mais qu'ils établissent leur budget sur la base d'une évaluation réaliste de leur participation à l'audience, en regard des sujets qu'ils souhaitent traiter.

De plus, la reconnaissance de l'intérêt et de la représentativité d'un intervenant, de même que la réception de son budget en application du Guide, n'emportent aucune acceptation implicite de la pertinence de la preuve qu'il entend soumettre à l'appui de son intervention et ne lui confèrent aucun droit au remboursement de ses frais de participation.

---

8 Décision D-2003-183, dossier R-3500-2002, 2 octobre 2003.

La date limite pour le dépôt des budgets prévisionnels, incluant le mandat des experts retenus est fixée au calendrier ci-après.

5. CALENDRIER

Aux fins de l'étude du présent dossier, la Régie établit le calendrier suivant :

14 décembre 2004, 12 h 00	Date limite pour le dépôt du budget prévisionnel
20 décembre 2004, 12 h 00	Date limite pour le dépôt des demandes de renseignements au Distributeur
19 janvier 2005, 12 h 00	Date limite pour le dépôt des réponses du Distributeur
16 février 2005, 12 h 00	Date limite pour le dépôt de la preuve des intervenants
2 mars 2005, 12 h 00	Date limite pour le dépôt des demandes de renseignements aux intervenants
9 mars 2005, 12 h 00	Date limite pour le dépôt des réponses des intervenants
15 au 18 mars 2005, à compter de 9 h 30	Audience au siège social de la Régie à Montréal

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*[9];

CONSIDÉRANT le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*[10] et le *Guide de paiement des frais des intervenants*[11];

La Régie de l'énergie :

DEMANDE aux intervenants de cibler leur intervention, preuve ou mémoire sur les sujets énumérés à la section 2 de la présente décision;

---

9 L.R.Q., c. R-6.01.
10 (1998) 130 G.O. II, 1245.
11 Décision D-2003-183, dossier R-3500-2002, 2 octobre 2003.

ACCORDE le statut d'intervenant aux 12 intéressés suivants : AIEQ, AIPVFQ, AQCIE-CIFQ, CETAF-AQLPA-S.É., FCEI, GRAME, OC, RNCREQ, ROEÉ, SCGM, UC et UMQ;

REJETTE la demande d'intervention du BAÉCN et de M. Adam Karpinski;

FIXE à quatre jours le temps d'audience requis pour létude de l'ensemble du dossier et **RETIENT**, pour la préparation des budgets prévisionnels, les bornes maximales établies par le Guide et la section 4 de la présente décision;

FIXE le calendrier prévu à la section 5 de la présente décision.

Jean-Noël Vallière
Régisseur

Anthony Frayne
Régisseur

François Tanguay
Régisseur

Représentants :

- Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ), représentée par M. Jacques Marquis;
- Association des industries de produits verriers et de fenestration du Québec (AIPVFQ), représentée par M. Jean Tremblay;
- Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité et Conseil de l'industrie forestière du Québec (AQCIE-CIFQ), représenté par Me Guy Sarault;
- Bureau d'analyse énergétique de la Capitale-Nationale (BAÉCN), représenté par M. Frédéric Chagnon;
- Corporation des entreprises en traitement de l'air et du froid, Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique et Stratégies Énergétiques (CETAF-AQLPA-S.É.), représenté par Me Dominique Neuman;
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI), représentée par Me André Turmel;
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME), représenté par M. Jean-François Lefebvre;
- Hydro-Québec, représentée par Me Jean-Olivier Tremblay;
- M. Adam Karpinski;
- Option consommateurs (OC), représentée par Me Stéphanie Lussier;
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ), représenté par M. Jean Lacroix;
- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEÉ), représenté par Me Franklin S. Gertler;
- Société en commandite Gaz Métro (SCGM), représentée par Me Félix Turgeon;
- Union des consommateurs (UC), représentée par Me Claude Tardif;
- Union des municipalités du Québec (UMQ), représentée par Me Steve Cadrin.