

A-324-19 (lead file)  
 A-325-19  
 A-326-19  
 A-327-19  
 2020 FCA 34

A-324-19 (dossier principal)  
 A-325-19  
 A-326-19  
 A-327-19  
 2020 CAF 34

**Coldwater Indian Band, Squamish Nation, Tsleil-Waututh Nation, and Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwoose (*Applicants*)**

**Bande indienne Coldwater, Nation Squamish, Tsleil-Waututh Nation et Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwoose (*demandereses*)**

v.

c.

**Attorney General of Canada, Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation (*Respondents*)**

**Procureur général du Canada, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation (*défendeurs*)**

and

et

**Attorney General of Alberta, Attorney General of Saskatchewan and Canadian Energy Regulator (*Interveners*)**

**Procureur général de l'Alberta, procureur général de la Saskatchewan et Régie de l'énergie du Canada (*intervenants*)**

**INDEXED AS: COLDWATER FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION COLDWATER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Pelletier and Laskin JJ.A.—Vancouver, December 16–18, 2019; Ottawa, February 4, 2020.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Pelletier et Laskin, J.C.A.—Vancouver, 16 au 18 décembre 2019; Ottawa, 4 février 2020.

*Aboriginal Peoples — Duty to consult — Judicial review challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC) — Approval challenged on environmental grounds, Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult — Project first approved in 2016 — Successfully challenged in Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General) (TWN 2018) — GIC approving Project for second time in June 2019 (Order in Council P.C. 2019-820) — GIC considering that consultation efforts made after TWN 2018 adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult — Applicants submitting that Project could not be approved until all concerns resolved, including impact on aquifer, risk of spills of diluted bitumen, marine shipping — Applicants also contending, inter alia, that Canada having to engage in R. v. Sparrow-type justification analysis as part of consultation process — Whether GIC reasonably concluding that flaws identified in TWN 2018 adequately remedied by renewed consultation process — GIC entitled to give government actors leeway in assessing whether*

*Peuples autochtones — Obligation de consulter — Contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil — Cette approbation a été contestée pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter — Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016 — Cette approbation a été contestée avec succès dans l'arrêt Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général) (TWN 2018) — Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) en juin 2019 — Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt TWN 2018 avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter — Les demandereses ont fait valoir qu'on ne peut approuver le projet avant que l'on ne résolve toutes leurs préoccupations, à savoir l'incidence du projet sur l'aquifère, le risque de déversement du bitume dilué et le transport maritime — Les demandereses ont fait*

*their efforts resulting in compliance with duty to consult — Consultation having to be “reasonable” — Canada having to consider, address Indigenous peoples’ rights in meaningful way — Meaningful consultation requirement flowing from honour of Crown — Process of meaningful consultation resulting in various forms of accommodation — Failure to accommodate in any particular way (e.g. such as abandoning Project) not necessarily meaning there has been no meaningful consultation — Reconciliation not dictating any particular substantive outcome — Consultation process not to be used as means to veto a project — Post-approval consultation relevant, important — Importance of matter to those directly impacted by Project affecting reasonableness analysis — GIC’s decision reasonable — Adopting view that flaws adequately addressed, that reasonable, meaningful consultation having taken place — GIC’s explanations not suffering from errors identified in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov — Conclusions within bounds of governing legislation — GIC understanding legal content of duty to consult, Court’s decision in TWN 2018, shortcomings in earlier consultation process — Decision not outside bounds of National Energy Board Act, s. 54 — GIC reasonably addressing, considering key issues raised by Court in TWN 2018 — Entitled to take broad consensus of Indigenous groups supporting or not opposing Project into account in concluding Project was in public interest — These findings sufficient to conclude GIC decision reasonable — Applicants’ detailed submissions nevertheless addressed — Applications dismissed.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Applicants challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC) on environmental grounds, Crown’s alleged continued failure to fulfil its duty to consult — GIC considering that consultation efforts adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult, Project in public interest — Present matter statutory judicial review — In such*

*valoir également que le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l’arrêt R. c. Sparrow au cours des consultations — Il s’agissait de savoir si le gouverneur en conseil avait raisonnablement conclu que les lacunes mises au jour dans l’arrêt TWN 2018 avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations — Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis d’honorer l’obligation de consulter — Les consultations doivent être « raisonnables » — Le Canada doit prendre en considération les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable — L’obligation de consulter de façon véritable découle de l’honneur de la Couronne — Le processus de consultation véritable mène à différentes mesures d’accommodement — Le défaut d’accommoder d’une façon précise (p. ex., en abandonnant le projet) ne signifie pas nécessairement qu’il n’y a pas eu de consultation véritable — La réconciliation n’exige pas qu’on en arrive à une fin particulière — Le processus de consultation ne doit pas servir à opposer un droit de veto à un projet — La consultation postérieure à l’approbation est pertinente et importante — L’importance de l’affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement a une incidence lors de l’analyse du caractère raisonnable — La décision du gouverneur en conseil était raisonnable — Il a conclu que l’on avait corrigé convenablement les lacunes limitées et qu’il y avait eu une consultation raisonnable et véritable — Les explications du gouverneur en conseil ne révélaient pas d’erreur semblable à celles qui ont été mentionnées dans l’arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov — Les conclusions étaient conformes à la loi pertinente — Le gouverneur en conseil a compris ce qu’exigeait l’obligation légale de consulter, le sens de l’arrêt TWN 2018 de la Cour et les lacunes du premier exercice de consultation — Cette décision n’excédait pas la portée de l’art. 54 de la Loi sur l’Office national de l’énergie — Le gouverneur en conseil a tenu compte de façon raisonnable des principales questions que la Cour a soulevées dans l’arrêt TWN 2018 — Il pouvait tenir compte du large consensus des groupes autochtones qui appuyaient le projet ou ne s’y opposaient pas pour conclure que le projet était dans l’intérêt public — Ces constatations étaient suffisantes pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable — Les observations détaillées des demanderesse ont néanmoins été examinées — Demandes rejetées.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Les demanderesse ont contesté la seconde approbation du projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter — Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi*

*circumstances, presumptive standard of review that of reasonableness — Exceptions to reasonableness review not applying herein — Case dealing with constitutional duty of high significance — That context informing conduct of reasonableness review — Issue not whether GIC should have come to different conclusion or whether consultation process could have been longer or better but rather whether decision approving Project, justification offered acceptable, defensible in light of governing legislation, evidence, circumstances bearing upon reasonableness review.*

These were applications for judicial review challenging the approval of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by the Governor in Council for the second time. Several parties sought to challenge this approval on environmental grounds and on grounds of the Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult.

The Project was first approved in 2016 by an Order in Council issued under section 54 of the *National Energy Board Act*. This approval was successfully challenged in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General) (TWN 2018)* where the Court remitted the matter back to the Governor in Council in order to address the impermissibly under-inclusive nature of the environmental assessment and the Crown's failure to fulfil its duty to consult with Indigenous peoples. The Governor in Council approved the Project for a second time on June 18, 2019 (Order in Council P.C. 2019-820). In that Order, the Governor in Council considered that the consultation efforts made after *TWN 2018* adequately remedied the identified flaws, that those efforts were sufficient to meet the duty to consult and, considering the benefits and detriments of the Project, that the Project was in the public interest and should be approved. The applicants submitted essentially that the Project could not be approved until all of their concerns were resolved to their satisfaction. Some of those concerns included the potential impact of the Project on the aquifer from which the applicant Coldwater Indian Band draws its drinking water supply, the risk of spills of the diluted bitumen that would be carried by the pipeline and the consequences of a spill for the applicant Squamish Nation's rights and interests, and marine shipping. Finally, the applicant Ts'elxwéyeq<sup>1</sup> contended, *inter alia*, that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. It

*pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter et que le projet était dans l'intérêt public — Il s'agissait d'une instance en contrôle judiciaire prévue par la loi — Dans les circonstances, il est présumé que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable — Aucune exception quant au contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne s'appliquait dans la présente affaire — Il s'agissait ici d'une obligation constitutionnelle d'une grande importance — Voilà le cadre dans lequel s'inscrivait le contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Il ne s'agissait pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler, mais plutôt de savoir si la décision d'approuver le projet et le justificatif offert étaient acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil. Plusieurs parties ont tenté de contester cette approbation pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter.

Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016 par décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Cette approbation a été contestée avec succès dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général) (TWN 2018)*, où la Cour a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil pour corriger le caractère trop limitatif de l'évaluation environnementale sur laquelle reposait l'approbation et le manquement de la Couronne à son obligation de consulter les peuples autochtones. Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) le 18 juin 2019. Dans ce décret, le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt *TWN 2018* avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour, que les efforts déployés avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter, que le projet, compte tenu de ses avantages et de ses inconvénients, était dans l'intérêt public et qu'il était digne d'approbation. Les observations des demanderesse reviennent à dire qu'on ne peut approuver le projet avant que celles-ci ne soient satisfaites des réponses à toutes leurs préoccupations. Certaines de ces préoccupations portaient notamment sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'aquifère dont les Coldwater tirent leur eau potable, le risque de déversement du bitume dilué qui serait transporté par pipeline et sur les conséquences d'un déversement sur les droits et intérêts des Squamish, et le transport maritime. Enfin, les Ts'elxwéyeq<sup>1</sup> ont soutenu notamment que la thèse

<sup>1</sup> Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwoose

<sup>1</sup> Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwoose.

argued that Canada ought to have engaged in an *R. v. Sparrow*-type justification analysis based on the alleged infringement of its established fishing right as part of the consultation process. [249]

The fundamental issue herein was whether the Governor in Council reasonably concluded that the flaws identified in *TWN 2018* were adequately remedied by the renewed consultation process.

*Held*, the applications should be dismissed.

This was a statutory judicial review, not a statutory appeal. In such circumstances, there is a presumption, as set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* that the standard of review is reasonableness, and none of the exceptions to reasonableness review identified in *Vavilov* applied. At issue was a constitutional duty of high significance to Indigenous peoples and indeed the country as a whole. This was part of the context that informed the conduct of the reasonableness review. The focus of the case was on the reasonableness of the Governor in Council's decision. The issue was not whether the Governor in Council could have or should have come to a different conclusion or whether the consultation process could have been longer or better. The question to be answered was whether the decision approving the Project and the justification offered were acceptable and defensible in light of the governing legislation, the evidence before the Court and the circumstances that bore upon a reasonableness review.

The Governor in Council was entitled to give the government actors leeway in assessing whether their efforts resulted in compliance with the duty to consult. To satisfy that duty, consultation must be "reasonable", meaning that Canada must show that it has considered and addressed the rights claimed by Indigenous peoples in a meaningful way. Consultation is a requirement that flows from the honour of the Crown. It is not honourable for Canada to act unilaterally in a way that could affect the rights of Indigenous peoples, without first engaging in meaningful consultation. The other controlling concept is reconciliation. The process of meaningful consultation can result in various forms of accommodation. But the failure to accommodate in any particular way, including by way of abandoning the Project, does not necessarily mean that there has been no meaningful consultation. The fact that consultation did not lead the applicants to agree that the Project should go ahead did not mean that reconciliation has not been advanced. The process of consultation based on a relationship of mutual respect advances reconciliation regardless of the outcome. Put another way, reconciliation does not dictate any particular substantive

juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée. Selon eux, le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l'arrêt *R. c. Sparrow* et fondée sur l'atteinte contestée à leur droit de pêche établi au cours des consultations.

La principale question à trancher était de savoir si le gouverneur en conseil avait raisonnablement conclu que les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018* avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations.

*Arrêt* : les demandes doivent être rejetées.

Il s'agissait d'une instance en contrôle judiciaire prévue par la loi et non d'un appel prévu par la loi. Dans les circonstances, il est présumé, ainsi que l'a énoncé l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, et aucune des exceptions relevées dans l'arrêt *Vavilov* ne s'appliquait. Il s'agissait ici d'une obligation constitutionnelle d'une grande importance pour les peuples autochtones et, en fait, pour le pays tout entier. Voilà le cadre dans lequel s'inscrivait le contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La Cour devait concentrer son attention sur la raisonnabilité de la décision du gouverneur en conseil. Il ne s'agissait pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait pu ou aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler. Il s'agissait de répondre à la question de savoir si la décision d'approuver le projet et le justificatif offert étaient acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve présentée à la Cour et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis à la Couronne d'honorer son obligation de consulter. Pour respecter cette obligation, les consultations doivent être « raisonnables », c'est-à-dire que le Canada doit montrer qu'il a pris en considération et traité les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable. L'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne. Il ne serait pas honorable que le Canada agisse unilatéralement d'une façon qui pourrait nuire aux droits des peuples autochtones, sans d'abord engager de véritables consultations. L'autre notion de base est la réconciliation. Le processus de consultation véritable peut mener à différentes mesures d'accommodement. Le défaut d'accommoder d'une façon précise, notamment en abandonnant le projet, ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu de consultation véritable. Le fait que la consultation n'ait pas mené les demanderesse à consentir au projet ne voulait pas dire que la réconciliation n'avait pas été mise de l'avant. La consultation fondée sur un rapport de respect réciproque promeut la réconciliation, peu

outcome. Were it otherwise, Indigenous peoples would effectively have a veto over projects such as this one. The law is clear that no such veto exists. Imposing too strict a standard of “perfection”, “reasonableness” or “meaningfulness” in assessing whether the duty to consult has been adequately met would *de facto* create a veto right. Although Indigenous peoples can assert their uncompromising opposition to a project, they cannot tactically use the consultation process as a means to try to veto it. Post-approval consultation is both relevant and important. Even if Canada’s consultation and accommodation measures up to June 18, 2019, were found to be inadequate, consultation activities that took place after the issuance of the Order in Council would remain relevant. Another contextual factor that affected the reasonableness analysis in this case was the importance of this matter to those directly impacted by the Project.

The reasons offered by the Governor in Council, both in the Order in Council’s Recitals and in the accompanying Explanatory Note, were more than sufficient in providing justification for the decision. The Governor in Council’s decision was reasonable. It reasonably adopted the view that the limited flaws identified in *TWN 2018* had been adequately addressed and that reasonable and meaningful consultation had taken place. The Governor in Council’s explanations did not suffer from errors in reasoning or logical deficiencies of the sort identified in *Vavilov*. The explanations show a chain of reasoning progressing from reasonable views of the evidence before it to plausible conclusions well within the bounds of the governing legislation. The Governor in Council understood the legal content of the duty to consult, the import of the Court’s decision in *TWN 2018* and the shortcomings in its earlier consultation process. It could not be said that the decision reached by the Governor in Council was outside the bounds of section 54 of the *National Energy Board Act*, reasonably interpreted. Nor could it be said that the Governor in Council did not adequately, meaningfully and reasonably address and consider the key issues raised by this Court in *TWN 2018* and the parties during the renewed consultation. This was anything but a rubber-stamping exercise. The Governor in Council was entitled under section 54 to take the broad consensus of the more than 120 Indigenous groups who supported or did not oppose the Project into account in concluding that the Project was in the public interest. A decision can be reasonable even though some affected parties continue to have strong objections to it on the merits.

These findings were sufficient to conclude that the decision of the Governor in Council was reasonable. Nevertheless, the

importe son issue. Dit autrement, la réconciliation n’exige pas qu’on en arrive à une fin particulière. Si tel était le cas, les peuples autochtones auraient en fait un droit de veto sur les projets tels que celui-ci. La jurisprudence indique clairement que ce droit de veto n’existe pas. Si on devait appliquer de façon trop stricte le critère de la « perfection », du caractère « raisonnable » ou du caractère « véritable » lorsqu’on examine s’il a été satisfait convenablement à l’exigence de consulter, on créerait en fait un droit de veto. Même si les peuples autochtones peuvent faire valoir leur opposition catégorique à un projet, ils ne peuvent se servir du processus de consultation comme tactique pour tenter d’y opposer un veto. La consultation postérieure à l’approbation est pertinente et importante. Même si on devait conclure que la consultation menée par le Canada jusqu’au 18 juin 2019 ainsi que les mesures d’accommodement proposées jusqu’à cette date étaient insuffisantes, les consultations qui ont eu lieu après que le décret eut été délivré demeureraient pertinentes. Un autre facteur contextuel qui a une incidence lors de l’analyse du caractère raisonnable en l’espèce était l’importance de l’affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement.

Les motifs du gouverneur en conseil, tant dans les attendus du décret que dans la note explicative qui y est jointe, justifiaient amplement la décision. La décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Il a conclu de façon raisonnable que l’on avait corrigé convenablement les lacunes limitées signalées dans l’arrêt *TWN 2018* et qu’il y avait eu une consultation raisonnable et véritable. Les explications du gouverneur en conseil ne révélaient pas d’erreur de raisonnement ou de logique semblable à celles qui ont été mentionnées dans l’arrêt *Vavilov*. Les explications démontrent un raisonnement qui passe d’une appréciation raisonnable de la preuve à des conclusions justifiables et tout à fait conformes à la loi pertinente. Le gouverneur en conseil a compris ce qu’exigeait l’obligation légale de consulter, le sens de l’arrêt *TWN 2018* de la Cour et les lacunes du premier exercice de consultation. On ne peut dire que la décision du gouverneur en conseil excédait la portée de l’article 54 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, si on l’interprète raisonnablement. On ne peut pas dire non plus que le gouverneur en conseil n’a pas tenu compte, de façon suffisante, véritable et raisonnable, des principales questions que notre Cour a soulevées dans l’arrêt *TWN 2018* et que les parties ont soulevées lors du nouvel examen. Il ne s’agissait aucunement d’une simple approbation aveugle. Aux termes de l’article 54, le gouverneur en conseil pouvait tenir compte du large consensus de plus de 120 groupes autochtones qui appuyaient le projet ou ne s’y opposaient pas pour conclure que le projet était dans l’intérêt public. Une décision peut être raisonnable même si des parties touchées par cette décision continuent de s’y opposer fortement quant au fond.

Ces constatations étaient suffisantes pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Les

applicants' detailed submissions were addressed. The Governor in Council's decision that the applicant Coldwater Indian Band was adequately consulted and accommodated during the renewed consultation process was eminently reasonable and therefore the Order in Council approving the Project against Coldwater's opposition had to stand. The record also demonstrated, *inter alia*, that in the renewed consultation process, Canada meaningfully responded to the applicant Squamish Nation's concerns through discussion, the exchange of expert scientific opinion, and the provision of relevant information and documentation. Ultimately, the applicant Squamish Nation was not persuaded that enough was known about the fate and behaviour of diluted bitumen to permit a decision approving the Project. But the law governing consultation does not impose a duty to agree, nor was it the role of the Court to act as an "academy of science" to decide whose view is correct. Provided the Governor in Council could reasonably determine that there was meaningful consultation, the appropriateness of a decision on the Project given the current state of scientific knowledge was a matter for the Governor in Council to determine. The record demonstrated that Canada engaged in meaningful dialogue with the applicant Tsleil-Waututh Nation respecting its concerns about Project-related marine shipping impacts. While there was disagreement, this did not indicate a failure of consultation. Failure to adopt specific scientific and technical views does not render consultation unreasonable. Canada did not breach its duty to consult and accommodate the applicant Tsleil-Waututh Nation by ultimately approving the Project. It was open to the Governor in Council to conclude that the re-initiated consultation conducted with the applicant Tsleil-Waututh Nation following *TWN 2018* was adequate, and resulted in proposed accommodation measures that were responsive to that applicant's concerns. There was no merit to Ts'elxwéyew's contention that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. The consultation process and the justification process occur at different points in time and address different circumstances. The consultation framework aims to prevent potential infringement of Aboriginal rights, whereas the justification analysis is intended to justify a *prima facie* infringement that has been demonstrated. Finding that the duty to consult and accommodate requires, as a starting point, the need to justify the infringement of an Aboriginal right is putting the cart before the horse, as the former seeks to prevent the latter. Concluding otherwise would lead to a circular result, the first step of the justification analysis being whether the Crown has discharged its procedural duty to consult and accommodate. Accepting that the adjudication of treaty rights or claimed Aboriginal rights must take place every time an infringement is alleged during the consultation and accommodation process would effectively revert to the pre-*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* case law, which led to complex and lengthy litigation.

observations détaillées des demandresses ont néanmoins été examinées. La décision du gouverneur en conseil que les Coldwater ont été adéquatement consultés et que des mesures d'accommodement adéquates ont été prises dans le cadre du nouveau processus de consultation était éminemment raisonnable et, par conséquent, le décret approuvant le projet auquel s'opposent les Coldwater devait demeurer valide. Il est ressorti du dossier également que, dans le cadre du nouveau processus de consultation, le Canada a répondu de façon significative aux préoccupations des Squamish en participant à des discussions avec eux, en procédant à un échange d'opinions d'experts scientifiques ainsi qu'en fournissant de la documentation et d'autres renseignements pertinents. En fin de compte, Squamish n'a pas été convaincue que les connaissances sur le devenir et le comportement du bitume dilué étaient suffisantes pour permettre l'approbation du projet. Cependant, le droit régissant les consultations n'impose pas une obligation de parvenir à une entente, et il n'appartenait pas non plus à la Cour d'agir comme « *académie des sciences* » en vue de décider quelle opinion est la bonne. À condition que le gouverneur en conseil puisse raisonnablement conclure qu'une véritable consultation a eu lieu, le caractère approprié d'une décision portant sur le projet, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, était une question qui appartenait au gouverneur en conseil de trancher. Le dossier a montré que le Canada a engagé avec les Tsleil-Waututh un véritable dialogue au sujet de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Qu'il y ait eu désaccord ne signifiait pas qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter. Que certaines opinions scientifiques et techniques bien précises n'aient pas été adoptées ne rend pas la consultation déraisonnable. Le Canada n'a pas manqué à son obligation de consulter les Tsleil-Waututh et de prendre des mesures d'accommodement à leur endroit en décidant d'approuver le projet en définitive. Le gouverneur en conseil pouvait conclure que les nouvelles consultations avec les Tsleil-Waututh tenues dans la foulée de l'arrêt *TWN 2018* étaient satisfaisantes et ont débouché sur des mesures d'accommodement qui répondent aux préoccupations des Tsleil-Waututh. La prétention des Ts'elxwéyew selon laquelle la thèse juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée n'était pas fondée. Les consultations et la justification se déroulent à des moments différents et ont pour objet des circonstances différentes. Le cadre de consultation vise à empêcher une atteinte à des droits ancestraux, alors que l'analyse de justification intervient lorsqu'une atteinte à première vue a été démontrée. Si l'on concluait que l'obligation de consultation et d'accommodement est subordonnée à la nécessité de justifier l'atteinte à un droit ancestral, on mettrait la charrue devant les bœufs, car la première vise à prévenir la seconde. Si l'on arrivait à une conclusion différente, on obtiendrait un raisonnement circulaire, car le premier volet de l'analyse de justification consiste à décider si la Couronne s'est acquittée de son obligation procédurale de consultation et

d'accommodement. Si l'on accepte qu'il faille se prononcer sur les droits issus de traités ou les droits ancestraux revendiqués chaque fois qu'une atteinte à ces droits est soulevée au cours du processus de consultations et d'accommodement, on reviendrait à la jurisprudence qui avait cours avant l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, qui a mené à des litiges complexes et interminables.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.  
*Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, s. 52(4).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 54, 55.  
 Order in Council P.C. 2016-1069.  
 Order in Council P.C. 2018-1177.  
 Order in Council P.C. 2019-378.  
 Order in Council P.C. 2019-820.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 438 D.L.R. (4th) 745; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. xvi; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201.

## CONSIDERED:

*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019); *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Mikisew Cree First Nation*

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2016-1069.  
 Décret C.P. 2018-1177.  
 Décret C.P. 2019-378.  
 Décret C.P. 2019-820.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 52(4).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 54, 55.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. xvi; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3 autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, n° 38379 (2 mai 2019); *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362; *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*,

*v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Inverhuron & District Ratepayers Ass. v. Canada (Minister of The Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62; *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297; *Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 15, 408 D.L.R. (4th) 165.

REFERRED TO:

*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 ; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 239; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 259; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 474 N.R. 350; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 266; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL); *William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2001 CAF 203; *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, [2008] A.C.F. n° 324 (QL); *Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15.

DÉCISIONS CITÉES :

*Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, [2015] A.C.F. n° 775 (QL); *Ignace c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 239; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 259; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, [2008] A.C.F. n° 946 (QL); *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, [2015] A.C.F. n° 961 (QL); *Première nation Yellowknives Denes c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, [2015] A.C.F. n° 829 (QL); *La bande indienne de Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Ignace c. Procureur général*, 2019 CAF 266; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66; *Société canadienne des postes. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL); *William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1990 CanLII 104; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

## AUTHORS CITED

- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada Gazette*, Vol. 153, No. 25, June 22, 2019.
- Truth and Reconciliation Commission of Canada. *Honouring the truth, reconciling for the future: summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.
- Walters, Mark D. “The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada” in Will Kymlicka and Bashir Bashir, eds. *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

APPLICATIONS for judicial review challenging the second approval of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project by the Governor in Council on environmental grounds and on grounds of the Crown’s alleged continued failure to fulfil its duty to consult. Applications dismissed.

## APPEARANCES

- F. Matthew Kirchner, Emma Hume and Cam Brewer* for applicant Coldwater Indian Band.
- F. Matthew Kirchner and Michelle Bradley* for applicant Squamish Nation.
- Scott A. Smith, Paul Seaman and Keith Brown* for applicant Tsleil-Waututh Nation.
- Joelle Walker, Erin Reimer and Serin Remedios* for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose.
- Jan Brongers, Dayna Anderson, Sarah Bird, Sarah-Dawn Norris, Jon Khan, Anita Balakumar, Maria Oswald and Ashley Gardner* for respondent Attorney General of Canada.
- Maureen Killoran, QC, Olivia Dixon and Sean Sutherland* for respondents Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.
- Stephanie Latimer and Krista Epton* for intervener Attorney General of Alberta.
- R. James Fyfe and Jeffrey Crawford* for intervener Attorney General of Saskatchewan.

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Ottawa : la Commission, 1996.
- Commission de vérité et réconciliation du Canada. *Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015.
- Gazette du Canada*, vol. 153, n° 25, 22 juin 2019.
- Walters, Mark D. « The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada », dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir., *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, Oxford : Oxford University Press, 2008.

DEMANDES de contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain par le gouverneur en conseil pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU :

- F. Matthew Kirchner, Emma Hume et Cam Brewer*, pour la demanderesse, Bande indienne Coldwater.
- F. Matthew Kirchner et Michelle Bradley*, pour la demanderesse, Nation Squamish.
- Scott A. Smith, Paul Seaman et Keith Brown*, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.
- Joelle Walker, Erin Reimer et Serin Remedios*, pour les demanderesse, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose.
- Jan Brongers, Dayna Anderson, Sarah Bird, Sarah-Dawn Norris, Jon Khan, Anita Balakumar, Maria Oswald et Ashley Gardner*, pour le défendeur, Procureur général du Canada.
- Maureen Killoran, c.r., Olivia Dixon et Sean Sutherland*, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.
- Stephanie Latimer et Krista Epton*, pour l’intervenant, Procureur général de l’Alberta.
- R. James Fyfe et Jeffrey Crawford*, pour l’intervenant, Procureur général de la Saskatchewan.

*Keith B. Bergner and Paul Johnston* for intervener  
Canadian Energy Regulator.

*Keith B. Bergner et Paul Johnston* pour l'intervenante,  
Régie de l'énergie du Canada.

SOLICITORS OF RECORD

*Ratcliff & Company LLP*, Vancouver, for applicants Coldwater Indian Band and Squamish Nation.

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

*Miller Titerle + Company LLP*, Vancouver, for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwioose.

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

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, for respondents Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.

*Justice and Solicitor General (Alberta)*, Edmonton, for respondent Attorney General of Alberta.

*Deputy Minister of Justice*, Regina, for Attorney General of Saskatchewan.

*Lawson Lundell LLP*, Vancouver, and *Canadian Energy Regulator*, Calgary, for intervener Canadian Energy Regulator.

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

[1] THE COURT: On November 29, 2016, weighing the benefits and detriments of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project and considering Canada's duty to consult with Indigenous peoples, the Governor in Council decided to approve the Project: Order in Council P.C. 2016-1069 (December 10, 2016), issued under section 54 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 (NEB Act).

[2] Several applicants successfully challenged the approval (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3 (*TWN 2018*)). This Court found two fundamental defects: the impermissibly under-inclusive nature of the environmental assessment that formed part of the basis for the approval and the Crown's failure to fulfil its duty to consult with

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ratcliff & Company LLP*, Vancouver, pour les demandereses, Bande indienne Coldwater et Nation Squamish.

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

*Miller Titerle + Company LLP*, Vancouver, pour les demandereses, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwioose.

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

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Calgary, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.

*Justice and Solicitor General (Alberta)*, Edmonton, pour l'intervenant, procureur général de l'Alberta.

*Sous-ministre de la Justice*, Regina, pour le procureur général de la Saskatchewan.

*Lawson Lundell LLP*, Vancouver, et *Régie de l'énergie du Canada*, Calgary, pour l'intervenante, Régie de l'énergie du Canada.

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

[1] LA COUR : Le 29 novembre 2016, tenant compte des avantages et inconvénients du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain et reconnaissant l'obligation du Canada de consulter les peuples autochtones, le gouverneur en conseil a décidé d'approuver le projet : décret C.P. 2016-1069 (10 décembre 2016), pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (la Loi sur l'Office).

[2] Plusieurs demandeurs ont contesté cette approbation (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3 (*TWN 2018*)). Notre Cour a reconnu l'existence de deux vices fondamentaux : le caractère trop limitatif de l'évaluation environnementale sur laquelle reposait l'approbation et le manquement de la Couronne à son obligation de

Indigenous peoples. This Court remitted the matter back to the Governor in Council in order for these flaws to be addressed and for re-decision.

[3] Toward that end, a reconsideration hearing was ordered to take place before the National Energy Board (NEB), as part of Phase II, and the Phase III consultation process was re-initiated. For a second time, the Governor in Council approved the Project (see Order in Council P.C. 2019-820 (June 18, 2019), page 1) (Order in Council) [*Canada Gazette*, Vol. 153, No. 25, June 22, 2019] (online: <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=251>). As required by the NEB Act, the decision was issued with reasons, which took the form of 37 recitals that precede the operative portion of the Order in Council (the Recitals). An explanatory note was also issued providing additional reasons for the decision (online: <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=271>) (Explanatory Note).

[4] Several parties sought to challenge the second approval on environmental grounds and on grounds of the Crown's alleged continued failure to fulfil its duty to consult. However, only six applicants were granted leave under section 55 of the NEB Act to start applications for judicial review of the Order in Council. Two have discontinued their applications, leaving four applicants before the Court: Coldwater Indian Band (Coldwater), Squamish Nation (Squamish), Tsleil-Waututh Nation (Tsleil-Waututh) and Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakwekwioose (Ts'elxwéyeqw).

[5] Coldwater is a band, as defined under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (*Indian Act*), comprising over 850 members. Coldwater forms part of the Nlaka'pamux Nation, which asserts Aboriginal title to an area that includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys, and Canada's North Cascades, including the Coquihalla area. Squamish is a Coast Salish Nation, with over 4 212 registered members. Squamish's traditional territory extends from the Lower Mainland of British Columbia to Whistler, and includes Burrard Inlet, English Bay, Howe

consulter les peuples autochtones. Notre Cour a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil pour corriger ces vices et rendre une nouvelle décision.

[3] Pour cette raison, la tenue d'une audience de réexamen devant l'Office national de l'énergie (l'Office) a été ordonnée, dans le cadre de l'étape II, et l'étape III des consultations a été recommencée. Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (voir le décret C.P. 2019-820 (18 juin 2019, suppl., page 2) (le décret) [*Gazette du Canada*, vol. 153, n° 25, 22 juin 2019] (en ligne : <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf>). Conformément à la Loi sur l'Office, la décision a été rendue avec des motifs, qui ont pris la forme de 37 attendus précédant le dispositif du décret (les attendus). Une note explicative suit la décision et fournit des motifs supplémentaires à la décision (en ligne : <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2019/2019-06-22/pdf/g1-15325.pdf#page=271>) (la note explicative).

[4] Plusieurs parties ont tenté de contester la seconde approbation pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter. Néanmoins, seulement six demanderessees ont été autorisées en vertu de l'article 55 de la Loi sur l'Office à demander le contrôle judiciaire du décret. Deux d'entre elles se sont désistées, laissant quatre demanderessees devant la Cour : la bande indienne Coldwater (les Coldwater), la Nation Squamish (les Squamish), la Tsleil-Waututh Nation (les Tsleil-Waututh) et Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, la Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakwekwioose (les Ts'elxwéyeqw).

[5] Les Coldwater forment une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, composée de plus de 850 membres. Ils font partie de la Nation Nlaka'pamux, qui revendique le titre ancestral à l'égard d'un territoire incluant la rivière Thompson Sud, le canyon du Fraser, les vallées de la Nicola et de la Coldwater, la partie canadienne des North Cascades, y compris le secteur de Coquihalla. Les Squamish, qui sont rattachés aux Salish du littoral, se composent de plus de 4 212 membres inscrits. Le territoire traditionnel des Squamish s'étend des basses-terres continentales jusqu'à Whistler, y compris

Sound, and the Squamish Valley. Tsleil-Waututh is a Coast Salish Nation, and a band within the meaning of the *Indian Act*. In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means “People of the Inlet”. Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory extends approximately west to Gibsons, east to Coquitlam Lake, north to the vicinity of Mount Garibaldi, and south to the 49th parallel and beyond, and includes sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet, and Indian Arm. Ts’elxwéyeqw represents the seven Ts’elxwéyeqw (Stó:lō) villages of Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, and Yakweakwoose. Each of the seven villages is a band within the meaning of the *Indian Act*. In the traditional dialect of Halkomelem, one translation of “Stó:lō” is “People of the River”, being the Fraser River. Ts’elxwéyeqw’s traditional territory includes the lower Fraser River watershed in southwestern British Columbia.

[6] The applications for judicial review were restricted to the duty to consult issues, on the basis that the environmental concerns did not possess sufficient merit to justify the granting of leave (see *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362 [*Raincoast No. 1*])). Specifically, the order granting leave (Leave Order) confined the applications to the following issues:

1. From August 30, 2018 (the date of the decision in (*TWN 2018*)) to June 18, 2019 (the date of the Governor in Council’s decision) was the consultation adequate in law to address the shortcomings in the earlier consultation process that were summarized at paragraphs 557–563 of (*TWN 2018*)? The answer to this question should include submissions on the standard of review, margin of appreciation or leeway that applies in law.

la baie Burrard, la baie English, la baie Howe et la vallée de la Squamish. Les Tsleil-Waututh, également rattachés aux Salish du littoral, et forment une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. En halkomelem, le dialecte traditionnel, le nom Tsleil-Waututh signifie « peuple de la baie ». Le territoire traditionnel revendiqué par les Tsleil-Waututh s’étend plus ou moins, d’ouest en est, de Gibsons jusqu’au lac Coquitlam, et du nord au sud, des environs du mont Garibaldi jusqu’au-delà du 49<sup>e</sup> parallèle, et inclut des sections du bas Fraser, de la baie Howe, de la baie Burrard et du bras de mer Indian. Les Ts’elxwéyeqw, qui se composent de sept villages, soit Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwoose, sont des Stó:lō. Chacun des villages constitue une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*. La traduction du terme « Stó:lō », en halkomelem, le dialecte traditionnel, peut se rendre par « peuple du fleuve », une allusion au fleuve Fraser. Le territoire traditionnel des Ts’elxwéyeqw comprend le bassin hydrographique du bas Fraser, dans le sud-ouest de la Colombie-Britannique.

[6] Le contrôle judiciaire de chacune de ces demanderesse a été limité aux questions relevant de l’obligation de consulter, car les arguments d’ordre environnemental avancés n’étaient pas raisonnablement défendables (voir *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362 (*Raincoast n° 1*)). En fait, le libellé de l’ordonnance d’autorisation (l’ordonnance d’autorisation) a limité les demandes aux questions suivantes :

1. [D]u 30 août 2018 (la date du prononcé de l’arrêt (*TWN 2018*) au 18 juin 2019 (la date de la décision du gouverneur en conseil), les consultations des peuples autochtones et des Premières Nations étaient-elles adéquates en droit de telle sorte qu’elles permettent de pallier les lacunes des consultations initiales qui sont résumées aux paragraphes 557 à 563 des motifs de l’arrêt (*TWN 2018*)? La réponse à cette question devrait inclure des observations à propos de la norme de contrôle, marge d’appréciation ou latitude qui s’applique en droit.

2. Do any defences or bars to the application apply?

3. If the answers to the questions 1 and 2 are negative, should a remedy be granted and, if so, what remedy and on what terms?

[7] The applications were consolidated by an order issued on September 20, 2019, later amended on November 5, 2019. In the consolidated applications, the applicants allege that the renewed consultation in which they were each involved did not adequately address the shortcomings identified in *TWN 2018*. They invite us to answer the first two questions in the negative, and to grant the remedy of an order quashing the Order in Council as a consequence.

[8] The Attorney General of Canada on behalf of the Crown (the Crown or Canada), Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation (together, Trans Mountain) resist the consolidated applications on the basis that the duty to consult was adequately fulfilled, and ask that they be dismissed on this basis. The Attorneys General of Alberta and Saskatchewan, as interveners, support the Crown's position.

[9] The third intervener, the Canada Energy Regulator (CER), successor to the NEB, takes no position as to the merits of the judicial review applications, and appears in order to assist the Court as to the role of the NEB in the consultation process to date and its continued role in monitoring and ensuring ongoing compliance with the conditions that accompanied the issuance of the Order in Council.

[10] For the reasons that follow, we conclude that there is no basis for interfering with the Governor in Council's second authorization of the Project. The judicial review applications will be dismissed.

[11] In conformity with the amended consolidation order, these reasons will be filed in docket A-324-19 and a copy thereof will be filed in dockets A-325-19, A-326-19 and A-327-19.

2. [Y] a-t-il des moyens de défense ou des empêchements qui peuvent être opposés aux demandes de contrôle judiciaire?

3. [S]i les questions précédentes appellent des réponses négatives, y a-t-il lieu d'accorder une réparation (laquelle et à quelles conditions)?

[7] Les demandes de contrôle judiciaire ont été réunies aux termes d'une ordonnance rendue le 20 septembre, et modifiée par une seconde ordonnance le 5 novembre 2019. Dans les demandes réunies, les demanderesse soutiennent que les nouvelles consultations auxquelles elles ont chacune participé n'ont pas permis de pallier les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018*. Elles demandent donc à la Cour de répondre aux deux premières questions par la négative et de rendre une ordonnance annulant le décret.

[8] Le procureur général du Canada, représentant la Couronne (la Couronne ou le Canada), Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation (collectivement, Trans Mountain) s'opposent aux demandes réunies au motif que l'obligation de consulter a été adéquatement respectée et, pour cette raison, en demande le rejet. Les procureurs généraux intervenants de l'Alberta et de la Saskatchewan appuient la thèse de la Couronne.

[9] La troisième intervenante, la Régie de l'énergie du Canada (la Régie), qui succède à l'Office, ne prend pas position quant au bien-fondé des demandes de contrôle judiciaire et se présente pour aider la Cour quant au rôle de l'Office dans les consultations à ce jour et à son rôle continu dans le suivi et le respect des conditions dont était assorti le décret.

[10] Pour les motifs qui suivent, la Cour conclut qu'elle n'a aucune raison d'intervenir dans la seconde approbation du projet par le gouverneur en conseil. Les demandes de contrôle judiciaire seront rejetées.

[11] Conformément à l'ordonnance modifiée portant réunion des instances, les présents motifs seront déposés dans le dossier A-324-19 et une copie sera versée dans les dossiers A-325-19, A-326-19 et A-327-19.

### I. Opening observations

[12] The applicants have argued their case very much as if this was the first time that their case was adjudicated. In fact our task is more limited.

[13] In *TWN 2018*, this Court examined the consultation process that preceded the first Project approval in exhaustive detail, finding many aspects of that process to be adequate. It found that the execution of one part of the consultation, Phase III, was deficient.

[14] When it came to remedy, this Court in *TWN 2018* did not require that the consultation process begin anew. Instead, it required focused consultation to address the shortcomings it identified. While the flaws were significant, they were restricted to precise issues within the overall consultation process.

[15] Our focus now is on the Governor in Council's decision to approve the Project a second time. The Governor in Council considered that the consultation efforts made after *TWN 2018* adequately remedied the identified flaws. Those efforts were sufficient to meet the duty to consult and, considering the benefits and detriments of the Project, the Project was in the public interest and should be approved.

[16] The existence and depth of the duty to consult are not in issue. All parties agree that the duty was one of deep consultation. The fundamental issue to be decided is whether taking this into account, the Governor in Council could reasonably conclude that the flaws identified in *TWN 2018* were adequately remedied by the renewed consultation process. This is a narrow issue primarily based on the Governor in Council's evaluation of the adequacy of the consultation that took place during the second consultation process, an assessment that is fact-intensive and that calls for deference.

### I. Observations préliminaires

[12] Les demanders ont présenté leur cause comme si c'était la première fois qu'elle était entendue, cependant, de fait, la mission de la Cour est plus limitée.

[13] Dans l'arrêt *TWN 2018*, la Cour a examiné en détail les consultations qui ont précédé la première approbation du projet et a établi que de nombreux aspects de ces consultations étaient acceptables, mais elle a conclu qu'une partie des consultations, soit l'étape III, était déficiente.

[14] Pour ce qui est de la réparation, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *TWN 2018*, qu'il n'était pas nécessaire de recommencer entièrement le processus de consultation. Elle a plutôt ordonné une ronde de consultations ciblées pour corriger les lacunes mises au jour. Bien que ces lacunes fussent majeures, elles se limitaient à des points précis dans le processus de consultation.

[15] La Cour doit maintenant se concentrer sur la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet une seconde fois. Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt *TWN 2018* avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour, que les efforts déployés avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter, que le projet, compte tenu de ses avantages et de ses inconvénients, était dans l'intérêt public et qu'il était digne d'approbation.

[16] L'existence et la portée de l'obligation de consulter ne sont pas en jeu en l'espèce. Toutes les parties conviennent que cette obligation entraînait la tenue de consultations approfondies. La principale question à trancher est de savoir, compte tenu de la portée requise des consultations, si le gouverneur en conseil pouvait raisonnablement conclure que les lacunes mises au jour dans l'arrêt *TWN 2018* avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations. Cette question est restreinte et dépend avant tout de l'évaluation par le gouverneur en conseil du caractère adéquat des consultations qui ont eu lieu lors de la seconde

[17] The Governor in Council was entitled to measure the adequacy of the second consultation process in light of what was possible in the circumstances. Among these circumstances is the fact that the consultation under scrutiny in this case was conducted pursuant to this Court's decision in *TWN 2018*. In that case, the Court, having identified the flaws that needed further attention, was best positioned to evaluate how they could be addressed adequately. It concluded that the further consultation required to address the flaws could be "specific and focussed" and could be accomplished through a "brief and efficient" process (*TWN 2018*, paragraph 772).

[18] The Court in *TWN 2018* did not envisage that much more had to be done in order for the consultation process to address the identified flaws. This appreciation of the nature and extent of the work to be done could legitimately be relied on by the Governor in Council in determining what was needed in order to conduct the reparative consultation process (Explanatory Note, pages 22, 27). Absent new concerns or difficulties not envisaged in *TWN 2018*, it is not open to the applicants to now say—as they all do in one way or another—that something more than a "specific and focussed [and] brief and efficient" process was necessary.

[19] As well, consistent with this Court's advice in *TWN 2018*, all understood, or should have understood, that the time available for the renewed consultation was not open-ended. The Governor in Council referred the matter back to the NEB for reconsideration on September 20, 2018, and gave the NEB until February 22, 2019, to produce its Reconsideration Report (Order in Council P.C. 2018-1177 (September 20, 2018)). Canada announced that it would also reinitiate Phase III of the consultation process beginning October 5, 2018. On April 17, 2019, the Governor in Council by way of a further Order in Council extended by roughly a month the time limit for its decision, bringing the deadline to June 18, 2019 (Order in Council P.C. 2019-378 (April 17, 2019)).

ronde. Pareille évaluation est largement tributaire des faits et appelle la déférence.

[17] Le gouverneur en conseil pouvait à juste titre évaluer le caractère adéquat de la seconde ronde de consultations vu les possibilités dans les circonstances, et, entre autres circonstances, le fait que les consultations en question ont été tenues à la suite de la décision de la Cour dans l'affaire *TWN 2018*. Dans cette affaire, la Cour, après avoir décelé les lacunes, était la mieux placée pour déterminer les moyens à prendre pour les corriger valablement. Elle a déterminé que, pour combler les lacunes décelées, il convenait de tenir des consultations « précises et circonscrites » selon un processus « bref et efficace » (*TWN 2018*, paragraphe 772).

[18] Dans l'affaire *TWN 2018*, la Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'en faire davantage pour pallier les lacunes mises au jour. Le gouverneur en conseil pouvait raisonnablement faire fond sur l'appréciation de la nature et de la portée des travaux à mener pour déterminer les mesures qui devaient être prises dans le but de tenir une ronde de consultations correctives (note explicative, pages 22 et 27). Faute de nouvelles préoccupations ou difficultés non envisagées dans l'arrêt *TWN 2018*, les demanderesse ne peuvent prétendre maintenant — comme elles le font toutes en quelque sorte — qu'il aurait fallu faire plus que simplement mettre en branle un processus « bref et efficace » de consultations « précises et circonscrites ».

[19] Par ailleurs, conformément aux conseils de la Cour dans l'arrêt *TWN 2018*, tous comprenaient, ou auraient dû comprendre, que le temps disponible pour la nouvelle ronde de consultations n'était pas illimité. Le gouverneur en conseil a renvoyé l'affaire à l'Office pour réexamen le 20 septembre 2018 et lui a accordé jusqu'au 22 février 2019 pour rendre son rapport de réexamen (décret C.P. 2018-1177 (20 septembre 2018)). Le Canada a annoncé qu'il reprendrait l'étape III des consultations à compter du 5 octobre 2018. Le 17 avril 2019, le gouverneur en conseil a délivré un autre décret pour repousser de près d'un mois, soit au 18 juin 2019, la date butoir pour rendre sa décision (décret C.P. 2019-378 (17 avril 2019)).

[20] The applicants complain that the time for the renewed consultation was insufficient to allow Canada to discharge its constitutional duty to consult. None of the applicants challenged the constitutional validity of section 54 of the NEB Act or the Orders in Council setting the time frame for the subsequent steps on the ground that they did not allow sufficient time for Canada to discharge its duty to consult. Absent such a challenge and given the time available, it was incumbent on all parties to engage in the consultation process diligently and to work toward accommodations that were responsive to the flaws identified in *TWN 2018*. Unfortunately, this did not always take place: much time was taken up by unnecessary delay, posturing and insisting on matters of form rather than substance.

[21] As well, all the applicants contend that Canada did not engage in the consultation process with an open mind. The suggestion in each case is that the outcome was predetermined because Canada owned Trans Mountain.

[22] This argument was considered in *Raincoast No. 1*, and was held not to meet the “fairly arguable case” test for granting leave to commence a judicial review application for a number of reasons (paragraphs 33–36):

At the outset, it suffers from a fatal flaw. The Governor in Council is not the Government of Canada. The Governor in Council, the decision maker here, does not own the project.

More fundamentally, section 54 of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest....

This case would be different if the Governor in Council blindly approved the project because the Government of Canada now owns it instead of looking at legally relevant criteria. But to make that sort of point “fairly arguable,” there must be at least a shred of evidence to support it.

[20] Les demandresses se plaignent que le temps imparti pour tenir la nouvelle ronde de consultations ne permettait pas au Canada de s’acquitter de son obligation constitutionnelle de consulter. Aucune d’elles n’a contesté la constitutionnalité de l’article 54 de la Loi sur l’Office ou des décrets fixant le calendrier des étapes suivantes au motif qu’ils ne permettaient pas au Canada de s’acquitter de son obligation de consulter. Faute d’une telle contestation et vu le temps disponible, il incombait à toutes les parties de prendre part aux consultations avec diligence et de chercher à mettre en place les accommodements voulus pour combler les lacunes décelées dans l’affaire *TWN 2018*. Mais tel n’a pas toujours été le cas : beaucoup de temps a été perdu en raison de retards futiles, d’agissements affectés et d’insistance sur la forme plutôt que sur le fond.

[21] Toutes les demandresses prétendent en outre que le Canada a participé aux consultations avec l’esprit bien fermé. Elles laissent ainsi entendre que le résultat était fixé d’avance parce que le Canada est propriétaire de Trans Mountain.

[22] La Cour a examiné cet argument dans l’affaire *Raincoast n° 1* et a conclu qu’il ne franchissait pas le seuil de l’argument « “raisonnablement défendable” » pour accorder l’autorisation de demander le contrôle judiciaire pour un certain nombre de raisons (paragraphes 33 à 36) :

Au départ, cet argument est entaché d’un vice fatal. Le gouverneur en conseil n’est pas le gouvernement du Canada. Le gouverneur en conseil, l’organe décisionnel en l’espèce, n’est pas propriétaire du projet.

Il existe une raison encore plus fondamentale : l’article 54 de la Loi [sur l’Office national de l’énergie] oblige le gouverneur en conseil à décider d’approuver ou non un projet, sans égard à l’identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s’acquitter de cette responsabilité selon l’identité du propriétaire du projet. La Loi l’emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d’intérêts [...]

L’affaire serait différente si le gouverneur en conseil avait aveuglément approuvé le projet parce que le gouvernement du Canada en est maintenant propriétaire au lieu d’examiner les critères juridiques pertinents. Toutefois, pour que ce genre d’argument soit « raisonnable[ment]

In the evidentiary record before the Court, there is none. Without evidence, suggestions of bias or conflict of interest are just idle speculations or bald allegations and cannot possibly satisfy the test of a “fairly arguable case”....

Some applicants have noted public statements on the part of certain federal politicians in support of the project as proof of disqualifying bias. This issue is not “fairly arguable.” In law, statements of this sort do not trigger disqualifying bias.... [Citations omitted.]

[23] The bias argument, having been excluded at the leave stage, is not properly before us. However, we believe it useful to nevertheless confirm that based on the record before us, there is no evidence that the Governor in Council’s decision was reached by reason of Canada’s ownership interest rather than the Governor in Council’s genuine belief that the Project was in the public interest. While the assessment that was ultimately made may benefit the Crown as owner of the Project, nothing suggests that the Governor in Council was not guided by the public interest throughout.

## II. The standard of review

### A. *General considerations*

[24] After the hearing in this matter, the Supreme Court released its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 438 D.L.R. (4th) 745 (*Vavilov*), concerning the standard of review that governs in matters such as this. This Court called for further submissions in writing from the parties concerning *Vavilov*. We have received their submissions and have considered them.

[25] All are agreed that *Vavilov* does not bring a material change to the standard of review in this litigation. However, *Vavilov* does bring together and clarify a number of principles in a useful way.

[26] This is a statutory judicial review, not a statutory appeal. In such circumstances, there is a presumption that the standard of review is reasonableness (*Vavilov*,

défendable », il doit être un tant soit peu étayé. Dans le dossier dont la Cour est saisie, pareille preuve brille par son absence. Dans ce cas, les arguments portant sur la partialité et les conflits d’intérêts ne sont rien d’autre que des conjectures et de simples prétentions non étayées qui ne sauraient être « raisonnablement défendables » [...]

Certains demandeurs avancent comme preuve de partialité fatale des déclarations publiques en faveur du projet prononcées par des politiciens fédéraux. Cette question n’est pas « raisonnablement défendable ». En droit, de telles déclarations ne révèlent pas une partialité fatale [...] [Renvois omis.]

[23] La Cour n’a pas eu à se pencher sur l’argument de la partialité, puisqu’il a été exclu à l’étape de l’autorisation, mais elle estime néanmoins utile de confirmer que, selon le dossier devant elle, rien ne permet de croire que la décision du gouverneur en conseil repose sur la participation du Canada au projet et non sur la conviction véritable du gouverneur en conseil que le projet était dans l’intérêt public. Bien que, en fin de compte, l’évaluation qui a été faite ait pu profiter à la Couronne en tant que propriétaire du projet, rien ne permet de croire que le gouverneur en conseil ait perdu l’intérêt public de vue tout au long du processus.

## II. Norme de contrôle

### A. *Considérations d’ordre général*

[24] Après avoir entendu l’affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), la Cour suprême a rendu sa décision au sujet de la norme de contrôle applicable dans les cas tel celui-ci. Notre Cour a invité les parties à lui faire part de leurs observations par écrit sur cet arrêt. Elle a reçu ces observations et en a tenu compte.

[25] Toutes les parties conviennent que l’arrêt *Vavilov* est d’une incidence limitée sur la norme de contrôle en l’espèce. Quoi qu’il en soit, cet arrêt réunifie et clarifie de façon utile un bon nombre de principes.

[26] La présente instance est un contrôle judiciaire prévu par la loi, et non un appel prévu par la loi. Dans les circonstances, il est présumé que la norme de contrôle

paragraphs 23–32), and none of the exceptions to reasonableness review identified in *Vavilov* apply.

[27] In *Vavilov*, the Supreme Court held that questions as to “the scope of Aboriginal and treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* ... require a final and determinate answer from the courts” and, thus, must be reviewed for correctness (*Vavilov*, paragraph 55). But, as mentioned, the scope of the duty to consult under section 35 is not in issue before us. Thus, reasonableness is the standard of review (see also *TWN 2018*, paragraphs 225–226). That said, we are dealing with a constitutional duty of high significance to Indigenous peoples and indeed the country as a whole. This is part of the context that informs the conduct of the reasonableness review.

[28] In conducting this review, it is critical that we refrain from forming our own view about the adequacy of consultation as a basis for upholding or overturning the Governor in Council’s decision. In many ways, that is what the applicants invite us to do. But this would amount to what has now been recognized as disguised correctness review, an impermissible approach (*Vavilov*, paragraph 83):

It follows that the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to *review*, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the “range” of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the “correct” solution to the problem. The Federal Court of Appeal noted in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, that, “as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did”: at para. 28; see also *Ryan*, at paras. 50-51. Instead, the reviewing court must consider only whether

est celle de la décision raisonnable (*Vavilov*, paragraphes 23 à 32), et aucune des exceptions relevées dans l’arrêt *Vavilov* ne s’applique.

[27] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a établi que les questions touchant à « la portée des droits ancestraux et droits issus de traités reconnus à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [...] nécessite[nt] une réponse décisive et définitive des cours de justice », d’où l’application de la norme de la décision correcte (*Vavilov*, paragraphe 55). Mais, comme il a été mentionné plus tôt, la portée de l’obligation de consulter prévue à l’article 35 n’étant pas en cause en l’espèce, la norme de la décision raisonnable s’applique (voir aussi l’arrêt *TWN 2018*, paragraphes 225 et 226). Cela dit, il s’agit ici d’une obligation constitutionnelle d’une grande importance pour les peuples autochtones et, en fait, pour le pays tout entier. Voilà le cadre dans lequel s’inscrit le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[28] Pour mener à bien le contrôle, il est essentiel de s’abstenir de former sa propre opinion sur le caractère adéquat des consultations et de fonder sur celle-ci sa décision de confirmer ou d’infirmier la décision du gouverneur en conseil. C’est en quelque sorte ce que les demanderesse invitent la Cour à faire. Toutefois, pareil procédé, qui s’apparente à ce qu’il est maintenant convenu d’appeler un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte, n’est pas permis (*Vavilov*, paragraphe 83) :

Il s’ensuit que le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à *réviser* la décision et, en général à tout le moins, à s’abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l’« éventail » des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème. Dans l’arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, la Cour d’appel fédérale a signalé que « le juge réformateur n’établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu’a fait l’administrateur » : par. 28; voir aussi *Ryan*, par. 50-51. La cour

the decision made by the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable. [Emphasis in original.]

[29] Rather, our focus must be on the reasonableness of the Governor in Council’s decision, including the outcome reached and the justification for it. The issue is not whether the Governor in Council could have or should have come to a different conclusion or whether the consultation process could have been longer or better. The question to be answered is whether the decision approving the Project and the justification offered are acceptable and defensible in light of the governing legislation, the evidence before the Court and the circumstances that bear upon a reasonableness review.

[30] There are many such circumstances. The Supreme Court emphasized in *Vavilov* that reasonableness is a single standard that must account for context. In its words, “the particular context of a decision constrains what will be reasonable for an administrative decision maker to decide in a given case” (*Vavilov*, paragraph 89). Thus, reasonableness “takes its colour from the context” and “must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, paragraph 59; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (*Catalyst*), paragraph 18; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, paragraph 22). In other words, the circumstances, considerations and factors in particular cases influence how courts go about assessing the acceptability and defensibility of administrative decisions (*Catalyst*, paragraph 18; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, paragraph 54; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, paragraph 44).

[31] In *Vavilov*, the Supreme Court emphasized that reasonableness review is to be conducted by appreciating the decision, the reasons for it, and the context in which it was made. This requires us to consider the

de révision n’est plutôt appelée qu’à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu. [Italiques dans l’original.]

[29] La Cour doit donc concentrer son attention sur la raisonabilité de la décision du gouverneur en conseil, y compris l’issue et le justificatif. Il ne s’agit pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait pu ou aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler. Il s’agit de répondre à la question de savoir si la décision d’approuver le projet et le justificatif offert sont acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve présentée à la Cour et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[30] Il existe de nombreuses telles circonstances. La Cour suprême a souligné dans l’arrêt *Vavilov* que la norme de la décision raisonnable est une norme unique qui tient compte du contexte. Elle s’est exprimée ainsi : « Le contexte particulier d’une décision circonscrit plutôt la latitude du décideur administratif en matière de décision raisonnable dans un cas donné » (*Vavilov*, paragraphe 89). Ainsi, la raisonabilité « s’adapte au contexte » et « s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, paragraphe 59; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (*Catalyst*), paragraphe 18; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, paragraphe 22). En d’autres mots, les facteurs, considérations et circonstances dans des cas donnés influent sur la façon dont les cours de justice évaluent le caractère acceptable et justifiable des décisions administratives (*Catalyst*, paragraphe 18; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, paragraphe 54; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, paragraphe 44).

[31] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a indiqué clairement que les contrôles selon la norme de la décision raisonnable doivent reposer sur l’appréciation de la décision, les motifs donnés à l’appui et le contexte dans

reasons offered in justification of the decision in light of the evidentiary record.

*B. Factors that bear on reasonableness review*

[32] One factor affecting the reasonableness review has already been examined above: the comments of this Court in *TWN 2018* regarding what sort of work was required to address the shortcomings through a brief and efficient consultation process. The Governor in Council was entitled to take this assessment into account in determining whether the duty to consult was adequately met. But there are other factors that affect the reasonableness review.

(1) Empowering legislation

[33] One important factor to consider is the empowering legislation as set out in sections 54 and 55 of the NEB Act (*Vavilov*, paragraph 108; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175, paragraph 36). It sets permissible bounds for the Governor in Council's approval decision.

[34] Under section 54, the Governor in Council is the only body empowered to determine whether the Project should be approved or denied on any basis, including compliance with the duty to consult. When regard is had to this provision, this Court has no role in deciding whether the Project should be approved or not and should not second-guess the outcome based on its own view of the matter.

[35] Under section 55, challenges to an approval can only be brought by way of judicial review (*TWN 2018*, paragraphs 170ff., leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019); *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418 (*Gitxaala Nation*), paragraphs 92ff., 119ff., leave to appeal to S.C.C. refused [n° 37201 (February 9, 2017)], [2017] 1 S.C.R. xvi). Reviewing courts are limited to a reviewing function

lequel cette dernière a été prise. Notre Cour doit donc tenir compte des motifs donnés à l'appui de la décision à la lumière de la preuve qui lui est présentée.

*B. Facteurs ayant une incidence sur la norme de contrôle de la décision raisonnable*

[32] L'un des facteurs ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable a déjà été examiné ci-dessus : les remarques de la Cour dans l'arrêt *TWN 2018* sur les travaux requis pour pallier les lacunes dans le cadre d'un processus de consultation bref et efficace. Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit tenir compte de cette évaluation en se prononçant sur la question de savoir si l'obligation de consulter avait été véritablement respectée. Il existe cependant d'autres facteurs qui ont une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

1) Dispositions habilitantes

[33] Les dispositions habilitantes, en l'occurrence les articles 54 et 55 de la Loi sur l'Office, sont l'un des facteurs d'importance à prendre en considération (*Vavilov*, paragraphe 108; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, [2015] A.C.F. n° 775 (QL), paragraphe 36). Elles fixent les balises acceptables de la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet.

[34] Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil est la seule autorité compétente pour déterminer s'il y a lieu d'approuver ou de rejeter un projet, peu importe la raison, notamment le respect de l'obligation de consulter. Au regard de cette disposition, la Cour ne peut intervenir dans la décision d'approuver ou non un projet et elle ne peut mettre en doute l'issue de l'affaire sur la foi de sa propre opinion.

[35] Selon l'article 55, les approbations peuvent être contestées par voie de contrôle judiciaire (*TWN 2018*, paragraphes 170 et suiv., autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, n° 38379 (2 mai 2019); *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 (*Nation Gitxaala*), paragraphes 92 et suiv., 119 et suiv., autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, n° 37201 (9 février 2017) [[2017] 1 R.C.S. xvi]). Les cours de

and are not to pronounce on the merits (see *Raincoast No. 1*, paragraphs 44, 50ff.; *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 239, paragraph 36; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 259, paragraphs 13–15).

[36] This is particularly so given the nature of the question before us. As mentioned above, the Governor in Council decided that the duty to consult was adequately fulfilled, i.e., that there had been meaningful two-way dialogue during the reparative consultation process. This is a fact-intensive question of mixed fact and law that commands deference. Under section 54, it is up to the Governor in Council to assess the facts in order to determine the adequacy of consultation. Our role is restricted to testing the reasonableness of this assessment.

(2) The law concerning the duty to consult

[37] The law concerning the duty to consult constrains the Governor in Council under section 54 of the NEB Act and affects this Court's review of the Governor in Council's decision (*Vavilov*, paragraphs 111–114).

[38] The practical requirements of the duty to consult have been compared to administrative law standards of procedural fairness (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), paragraph 41; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 (*Beckman*), paragraph 46). The cases on point emphasize that consultation need not be perfect (*Haida Nation*, paragraph 62; *TWN 2018*, paragraphs 226, 508). It follows that the Governor in Council was entitled to give the government actors leeway in assessing whether their efforts resulted in compliance with the duty to consult.

[39] The words of this Court in *Gitxaala Nation* are apposite here (paragraph 182):

révision sont limitées à la fonction de contrôle et ne doivent pas se prononcer sur le fond (voir *Raincoast n° 1*, paragraphes 44, 50 et suiv.; *Ignace c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 239, paragraphe 36; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 259, paragraphes 13 à 15).

[36] Cette limite revêt toute son importance vu la question dont la Cour est saisie. Comme il a été mentionné plus haut, le gouverneur en conseil a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter, c'est-à-dire qu'il y a eu un véritable dialogue durant la ronde de consultations correctives. Il s'agit là d'une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits, qui appelle la déférence. Selon l'article 54, il appartient au gouverneur en conseil d'évaluer les faits pour déterminer si les consultations étaient adéquates. Notre rôle se limite à examiner la raisonabilité de cette évaluation.

2) Le droit régissant l'obligation de consulter

[37] Le droit régissant l'obligation de consulter confine le gouverneur en conseil à l'article 54 de la Loi sur l'Office et régit le contrôle par la Cour de la décision du gouverneur en conseil (*Vavilov*, paragraphes 111 à 114).

[38] Les critères pratiques de l'obligation de consulter se comparent aux normes de l'équité procédurale en droit administratif (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*), paragraphe 41; *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 (*Beckman*, paragraphe 46). La jurisprudence sur le sujet indique clairement que les consultations n'ont pas à être parfaites (*Nation haïda*, paragraphe 62; *TWN 2018*, paragraphes 226 et 508). Il s'ensuit que le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis à la Couronne d'honorer son obligation de consulter.

[39] Il est opportun de souligner que, dans l'arrêt *Nation Gitxaala*, la Cour s'est exprimée ainsi à ce sujet (paragraphe 182) :

... In this case, the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ.

(See also *TWN 2018*, paragraphs 509, 762; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2008 FCA 212, 297 D.L.R. (4th) 722 (*Ahousaht First Nation*), paragraph 54; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209 (*Long Plain First Nation*), paragraph 133; *Yellowknives Dene First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2015 FCA 148, 474 N.R. 350 (*Yellowknives Dene First Nation*), paragraph 56.)

[40] For example, it has been said that to satisfy the duty, consultation must be “reasonable” (*Haida Nation*, paragraphs 62–63, 68; *Gitxaala Nation*, paragraphs 8, 179, 182–185; *TWN 2018*, paragraphs 226, 508–509; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596 (*Squamish First Nation*), paragraph 31). “Reasonable” consultation means Canada must show that it has considered and addressed the rights claimed by Indigenous peoples in a meaningful way (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069 (*Clyde River*), paragraph 41 ; *Squamish First Nation*, paragraph 37; *Haida Nation*, paragraph 42). “Meaningful” is a standard that also appears in the case law (*Gitxaala Nation*, paragraphs 179, 181, 231–234; *TWN 2018*, paragraphs 6, 494–501, 762; *Haida Nation*, paragraphs 10, 36, 42; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 (*Taku River*), paragraphs 2, 29; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099 (*Chippewas of the Thames*), paragraphs 32, 44).

[...] En l’espèce, les sujets à l’égard desquels des consultations étaient nécessaires étaient nombreux, complexes, dynamiques et mettaient en cause un bon nombre de parties. Parfois, en tentant de s’acquitter de cette obligation, il peut se produire des omissions, des malentendus, des accidents et des erreurs. En tentant de s’acquitter de cette même obligation, il y aura des questions de jugement difficiles sur lesquelles des personnes raisonnables ne s’entendront pas.

(Voir aussi *TWN 2018*, paragraphes 509 et 762; *Première Nation des Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2008 CAF 212, [2008] A.C.F. n° 946 (QL) (*Première Nation des Ahousaht*), paragraphe 54; *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, [2015] A.C.F. n° 961 (QL) (*Première nation de Long Plain*), paragraphe 133; *Première nation Yellowknives Denes c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2015 CAF 148, [2015] A.C.F. n° 829 (QL) (*Première nation des Dénés Yellowknives*), paragraphe 56.)

[40] Il est reconnu, par exemple, que pour respecter l’obligation, les consultations doivent être « raisonnables » (*Nation haïda*, paragraphes 62, 63 et 68; *Nation Gitxaala*, paragraphes 8, 179 et 182 à 185; *TWN 2018*, paragraphes 226, 508 et 509; *La bande indienne de Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216 (*Première Nation Squamish*), paragraphe 31). Pour que les consultations soient dites « raisonnables », il faut que le Canada puisse montrer qu’il a pris en considération et traité les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable (*Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069 (*Clyde River*), paragraphe 41; *Première Nation Squamish*, paragraphe 37; *Nation haïda*, paragraphe 42). Le caractère « véritable » est également mentionné dans la jurisprudence (*Nation Gitxaala*, paragraphes 179, 181 et 231 à 234; *TWN 2018*, paragraphes 6, 494 à 501 et 762; *Nation haïda*, paragraphes 10, 36, 42; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 (*Taku River*), paragraphes 2 et 29; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099 (*Chippewas of the Thames*), paragraphes 32 et 44).

[41] So what do the words “reasonable” and “meaningful” mean in this context? The case law is replete with *indicia*, such as consultation being more than “blow[ing] off steam” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 (*Mikisew 2005*), paragraph 54), the Crown possessing a state of open-mindedness about accommodation (*Gitxaala Nation*, paragraph 233), the Crown exercising “good faith” (*Haida Nation*, paragraph 41; *Clyde River*, paragraphs 23–24; *Chippewas of the Thames*, paragraph 44), the existence of two-way dialogue (*Gitxaala Nation*, paragraph 279), the process being more than “a process for exchanging and discussing information” (*TWN 2018*, paragraphs 500–502), the conducting of “dialogue ... that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation” (*TWN 2018*, paragraph 501) and the Crown “grappl[ing] with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns” (*TWN 2018*, paragraph 6). In cases like this where deep consultation is required, the Supreme Court has suggested the following non-binding *indicia* (*Chippewas of the Thames*, paragraph 47; *Haida Nation*, paragraph 44; *Squamish First Nation*, paragraph 36; see also *Yellowknives Dene First Nation*, paragraph 66):

- the opportunity to make submissions for consideration;
- formal participation in the decision-making process;
- provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision; and
- dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision makers.

[41] Alors, quel est le sens des mots « raisonnable » et « véritable » dans ce contexte? Les indices abondent dans la jurisprudence sur le sujet. Par exemple, les consultations doivent être plus qu’une simple occasion de « se défouler » (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 (*Mikisew 2005*), paragraphe 54), la Couronne doit faire preuve d’ouverture d’esprit face aux accommodements (*Nation Gitxaala*, paragraphe 233), la Couronne doit agir de « bonne foi » (*Nation haïda*, paragraphe 41; *Clyde River*, paragraphes 23 et 24; *Chippewas of the Thames*, paragraphe 44), les consultations doivent ouvrir la voie à un véritable dialogue bilatéral (*Nation Gitxaala*, paragraphe 279), le processus doit être plus qu’« un simple mécanisme permettant aux intéressés d’échanger des renseignements et d’en discuter » (*TWN 2018*, paragraphes 500 à 502) et être « un dialogue qui mène à une prise en compte sérieuse et manifeste des accommodements » (*TWN 2018*, paragraphe 501) et la Couronne se doit « de se pencher sur les réelles préoccupations des demandeurs autochtones de manière à être en mesure de rechercher des mesures pour y répondre » (*TWN 2018*, paragraphe 6). Dans les cas comme celui dont la Cour est saisie, où les consultations approfondies s’imposent, la Cour suprême a proposé les balises facultatives suivantes (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 47; *Nation haïda*, paragraphe 44; *Première Nation Squamish*, paragraphe 36; voir aussi *Première nation des Dénés Yellowknives*, paragraphe 66) :

- la possibilité de présenter des observations;
- la participation officielle à la prise de décisions;
- la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l’incidence de ces préoccupations sur la décision;
- un mécanisme de résolution des différends tel que la médiation ou autre processus administratif doté de décideurs neutres.

[42] Examples and *indicia* in the case law are nothing more than indicators. The Supreme Court, while providing us with many of these *indicia*, has made it clear that what will satisfy the duty will vary from case to case, depending on the circumstances (*Haida Nation*, paragraph 45). So where do we get guidance?

[43] The Supreme Court has identified the concepts that animate the duty. In its view, the “controlling question” as to what is “reasonable” or “meaningful” consultation is “what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida Nation*, paragraph 45).

[44] The Supreme Court’s most recent discussion of the honour of the Crown appears in paragraphs 21 and 22 of the majority reasons in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765 (*Mikisew 2018*):

.... [The honour of the Crown] recognizes that the tension between the Crown’s assertion of sovereignty and the pre-existing sovereignty, rights and occupation of Aboriginal peoples creates a special relationship that requires that the Crown act honourably in its dealings with Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 67; B. Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436).

The underlying purpose of the honour of the Crown is to facilitate the reconciliation of these interests (*Manitoba Metis*, at paras. 66-67). One way that it does so is by promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). This endeavour of reconciliation is a first principle of Aboriginal law.

[45] However, the precise content of the honour of the Crown also turns on the circumstances of the particular case (*Mikisew 2018*, paragraph 24):

[42] Quoi qu’il en soit, les exemples et les balises que l’on trouve dans la jurisprudence ne sont rien de plus que des indications. La Cour suprême a précisé, en donnant ces balises, que les éléments nécessaires pour s’acquitter de l’obligation de consulter varient d’un cas à l’autre, selon les circonstances (*Nation haïda*, paragraphe 45). Alors, où trouver les repères?

[43] La Cour suprême a mis en lumière les notions qui sous-tendent l’obligation. Selon elle, la « question décisive » à se poser pour savoir si les consultations ont été « raisonnables » ou « véritables » « consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (*Nation haïda*, paragraphe 45).

[44] L’analyse la plus récente de la Cour suprême sur l’honneur de la Couronne se trouve aux paragraphes 21 et 22 des motifs majoritaires dans l’arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765 (*Mikisew 2018*) :

[...] [L’honneur de la Couronne] reconnaît que la tension entre l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, d’une part, et la souveraineté, les droits et l’occupation préexistants des peuples autochtones, d’autre part, donne naissance à une relation particulière, qui exige que la Couronne agisse honorablement envers ces derniers : *Manitoba Metis*, par. 67; B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436.

L’objectif qui sous-tend le principe de l’honneur de la Couronne est celui de faciliter la réconciliation de ces intérêts : *Manitoba Metis*, par. 66-67. Il contribue à l’atteinte de cet objectif notamment en favorisant la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24. Cette entreprise de réconciliation est un principe de base du droit des Autochtones.

[45] La teneur précise de l’honneur de la Couronne dépend aussi des circonstances particulières de l’affaire (*Mikisew 2018*, paragraphe 24) :

.... [T]his Court has made clear that the duties that flow from the honour of the Crown will vary with the situations in which it is engaged (*Manitoba Metis*, at para. 74). Determining what constitutes honourable dealing, and what specific obligations are imposed by the honour of the Crown, depends heavily on the circumstances (*Haida Nation*, at para. 38; *Taku River*, at para. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 36-37).

[46] Further on in *Mikisew 2018*, the Court identified consultation as a requirement that flows from the honour of the Crown. Consultation is connected to the honour of the Crown because it is not honourable for Canada to act unilaterally in a way that could affect the rights of Indigenous peoples, without first engaging in meaningful consultation (*Mikisew 2018*, paragraph 25):

The duty to consult is one such obligation. In instances where the Crown contemplates executive action that may adversely affect s. 35 rights, the honour of the Crown has been found to give rise to a justiciable duty to consult (see e.g. *Haida Nation, Taku River, Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and *Little Salmon*). This obligation has also been applied in the context of statutory decision-makers that — while not part of the executive — act on behalf of the Crown (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). These cases demonstrate that, in certain circumstances, Crown conduct may not constitute an “infringement” of established s. 35 rights; however, acting unilaterally in a way that may adversely affect such rights does not reflect well on the honour of the Crown and may thus warrant intervention on judicial review.

[47] The other controlling concept is reconciliation. The best description of reconciliation to date appears in the following passage from *Beckman* (paragraph 10):

The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship

[...] [L]a Cour a clairement indiqué que les obligations qui [...] découlent [de l’honneur de la Couronne] varient en fonction de la situation : *Manitoba Metis*, par. 74. La réponse à la question de savoir ce qui constitue un comportement honorable et quelles obligations découlent de l’honneur de la Couronne sont fortement tributaires des circonstances : *Nation haïda*, par. 38; *Taku River*, par. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 36-37.

[46] Plus loin, dans l’arrêt *Mikisew 2018*, la Cour suprême a établi que l’obligation de consulter découle de l’honneur de la Couronne. Il en est ainsi parce qu’il ne serait pas honorable que le Canada agisse unilatéralement d’une façon qui pourrait nuire aux droits des peuples autochtones, sans d’abord engager de véritables consultations (*Mikisew 2018*, paragraphe 25) :

L’obligation de consulter est une de ces obligations. Dans les cas où la Couronne envisage de prendre une mesure exécutive susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35, la Cour a jugé que le principe de l’honneur de la Couronne donne lieu à une obligation de consulter justiciable : voir, p. ex., *Nation haïda; Taku River; Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Little Salmon*. Cette obligation a aussi été jugée applicable lorsqu’un décideur habilité par la loi — ne faisant pas partie de l’exécutif — agit au nom de la Couronne : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Il ressort de ces arrêts que, dans certaines circonstances, la conduite de la Couronne peut ne pas constituer une « atteinte » à des droits visés à l’art. 35 ayant été établis. Toutefois, agir unilatéralement d’une manière susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur ces droits ternit l’honneur de la Couronne et peut de ce fait justifier une intervention à l’issue d’un contrôle judiciaire.

[47] L’autre notion de base est la réconciliation. À ce jour, la meilleure description de ce en quoi consiste la réconciliation se trouve dans le passage suivant, tiré de l’arrêt *Beckman* (paragraphe 10) :

La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités récents, y compris ceux en cause en l’espèce, tentent de contribuer à la réalisation de cet objectif de réconciliation, non seulement en répondant aux griefs relatifs aux

between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[48] Reconciliation must nonetheless begin by looking back and developing a deep understanding of the centuries of neglect and disrespect toward Indigenous peoples, well-summarized in a number of reports and studies (see, e.g., Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (Ottawa: The Commission, 1996); Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the truth, reconciling for the future: summary of the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015)). Too often decisions affecting Indigenous peoples have been made without regard for their interests, dignity, membership and belonging in Canadian society, with terrible neglect and damage to their lives, communities, cultures and ways of life. Worse, almost always no effort was made to receive their views and try to accommodate them—quite the opposite. The duty to consult is aimed at helping to reverse that historical wrong.

[49] Reconciliation also looks forward. It is meant to be transformative, to create conditions going forward that will prevent recurrence of harm and dysfunctionality but also to promote a constructive relationship, to create a new attitude where Indigenous peoples and all others work together to advance our joint welfare with mutual respect and understanding, always recognizing that while majorities will sometimes prevail and sometimes not, concerns must always be taken on board, considered and rejected only after informed reflection and for good

revendications territoriales, mais en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones. Une application judicieuse du traité aidera à aplanir, sans nécessairement les éliminer, certains des malentendus et des doléances qui ont caractérisé le passé. Mais comme le montrent les faits de la présente affaire, l'objectif du traité ne pourra être atteint si les responsables territoriaux l'interprètent de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial. Le traité vise tout autant l'établissement de relations que la résolution des griefs du passé. L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière.

[48] La réconciliation débute néanmoins par un regard sur le passé et une profonde compréhension de l'histoire de négligence et de manque de respect envers les peuples autochtones comme bon nombre de rapports et études en font état (voir, p. ex., Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (Ottawa : la Commission, 1996); la Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015)). Trop souvent, les décisions touchant les peuples autochtones ont été prises sans égard aux intérêts et à la dignité de ceux-ci, abstraction faite de leur appartenance à part entière à la société canadienne et au mépris des terribles conséquences sur leur vie, leur communauté, leur culture et leur mode de vie. Pis encore, presque aucun effort n'a été déployé pour connaître leur point de vue et tenter de les accommoder, bien au contraire. L'obligation de consulter vise à réparer les torts que les peuples autochtones ont subis au cours des siècles.

[49] La réconciliation porte également sur l'avenir. Elle doit être transformatrice et assurer que les conditions futures empêcheront le retour du préjudice et du dysfonctionnement, mais elle doit également mener à une relation constructive et favoriser un nouveau point de vue afin que les peuples autochtones et tous puissent travailler ensemble pour promouvoir notre bien-être commun, avec respect et compréhension réciproque, en reconnaissant toujours que même si la majorité prévaudra parfois et ne prévaudra pas d'autres fois, il faut

reason. This is a recognition that in the end, we all must live together and get along in a free and democratic society of mutual respect.

[50] Reconciliation in this sense is about relationship (Mark D. Walters, “The Jurisprudence of Reconciliation: Aboriginal Rights in Canada” in Will Kymlicka and Bashir Bashir, eds, *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 165, page 168):

Reconciliation as relationship ... is always ... reciprocal, and ... invariably involves sincere acts of mutual respect, tolerance, and goodwill that serve to heal rifts [and includes] facing past evil openly, acknowledging its hurtful legacies, and affirming the common humanity of everyone involved. [It] is about peace between communities divided by conflict, but it is also about establishing a sense of self-worth or internal peace within those communities.

[51] The process of meaningful consultation can result in various forms of accommodation. But the failure to accommodate in any particular way, including by way of abandoning the Project, does not necessarily mean that there has been no meaningful consultation.

[52] Moreover, the fact that consultation has not led the four applicants to agree that the Project should go ahead does not mean that reconciliation has not been advanced. The goal is to reach an overall agreement, but that will not always be possible (*Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386 (*Ktunaxa Nation*), paragraphs 83, 114). The process of consultation based on a relationship of mutual respect advances reconciliation regardless of the outcome.

[53] Put another way, reconciliation does not dictate any particular substantive outcome. Were it otherwise, Indigenous peoples would effectively have a veto over projects such as this one. The law is clear that no such veto exists (*Haida Nation*, paragraphs 62–63,

toujours tenir compte des préoccupations et les analyser, et ne les rejeter qu’après un examen suffisant, et uniquement pour un motif valable. Il s’agit de reconnaître qu’en fin de compte, nous devons tous cohabiter et nous entendre, dans une société libre et démocratique, où règne le respect réciproque.

[50] Dans ce sens, la réconciliation porte sur les rapports (Mark D. Walters, « The Jurisprudence of Reconciliation : Aboriginal Rights in Canada », dans Will Kymlicka et Bashir Bashir, dir., *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies* (Oxford : Oxford University Press, 2008), 165, page 168) :

[TRADUCTION] La réconciliation en tant que rapport [...] est toujours [...] réciproque, et [...] exige invariablement des gestes honnêtes démontrant un respect réciproque, de la tolérance et de la bonne volonté afin de réparer les ruptures [et inclut] qu’il faut faire face honnêtement aux torts passés, reconnaître leurs conséquences douloureuses et insister sur l’humanité commune de toutes les parties. [Il s’agit de rétablir] la paix entre les communautés divisées par le conflit, mais aussi d’établir un sentiment de valeur propre ou de paix interne au sein de ces communautés.

[51] Le processus de consultation véritable peut mener à différentes mesures d’accommodement. Le défaut d’accommoder d’une façon précise, notamment en abandonnant le projet, ne signifie pas nécessairement qu’il n’y a pas eu de consultation véritable.

[52] De plus, le fait que la consultation n’ait pas mené les quatre demanderesse à consentir au projet ne veut pas dire que la réconciliation n’a pas été mise de l’avant. L’objectif est d’en arriver à une entente globale, objectif qui ne sera pas toujours atteint (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386 (*Ktunaxa Nation*), paragraphes 83 et 114). La consultation fondée sur un rapport de respect réciproque promeut la réconciliation, peu importe son issue.

[53] Dit autrement, la réconciliation n’exige pas qu’on en arrive à une fin particulière. Si tel était le cas, les peuples autochtones auraient en fait un droit de veto sur les projets tels que celui-ci. La jurisprudence indique clairement que ce droit de veto n’existe pas (*Nation*

citing *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658, paragraph 110; *Chippewas of the Thames*, paragraph 59; *Ktunaxa Nation*, paragraph 83; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, (1999), 179 D.L.R. (4th) 193, paragraph 43; *Gitxaala Nation*, paragraph 179; *TWN 2018*, paragraph 494; *Yellowknives Dene First Nation*, paragraph 56). At some juncture, a decision has to be made about a project and the adequacy of the consultation. Where there is genuine disagreement about whether a project is in the public interest, the law does not require that the interests of Indigenous peoples prevail.

[54] Some important ramifications arise from this. First, imposing too strict a standard of “perfection”, “reasonableness” or “meaningfulness” in assessing whether the duty to consult has been adequately met would *de facto* create a veto right.

[55] Second, the case law is clear that although Indigenous peoples can assert their uncompromising opposition to a project, they cannot tactically use the consultation process as a means to try to veto it (*Haida Nation*, paragraph 42; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201 (*Prophet River BCCA*), paragraph 65; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1, paragraph 161; *Ahousaht First Nation*, paragraphs 52–53; *Long Plain First Nation*, paragraphs 158–163; *R. v. Douglas et al*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, paragraph 39). Tactical behaviour aimed at ensuring that discussions fail within the time available for consultation is not consistent with reconciliation and would, if tolerated, allow for the effective use of a veto right.

[56] Reconciliation as relationship can only be advanced through consultation when the respective parties commit to the process, avoid counterproductive tactics, get to the substance of the issues of concern and exercise good faith—Indigenous peoples by communicating their concerns in the clearest possible way and the Crown by listening to, understanding and considering the Indigenous peoples’ points with genuine concern and

*haïda*, paragraphes 62 et 63, qui renvoie à *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, paragraphe 110, *Chippewas of the Thames*, paragraphe 59, *Ktunaxa Nation*, paragraphe 83, *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, paragraphe 43, *Nation Gitxaala*, paragraphe 179, *TWN 2018*, paragraphe 494, *Première nation des Dénés Yellowknives*, paragraphe 56). Il faut en fin de compte en arriver à une décision quant au destin du projet et quant au caractère suffisant de la consultation. Le droit n’exige pas qu’en cas de désaccord réel sur la question de savoir si un projet est dans l’intérêt public, les intérêts des peuples autochtones doivent l’emporter.

[54] Il en résulte quelques conséquences importantes. Premièrement, si on devait appliquer de façon trop stricte le critère de la « perfection », du caractère « raisonnable » ou du caractère « véritable » lorsqu’on examine s’il a été satisfait convenablement à l’exigence de consulter, on créerait en fait un droit de veto.

[55] Deuxièmement, la jurisprudence indique clairement que même si les peuples autochtones peuvent faire valoir leur opposition catégorique à un projet, ils ne peuvent se servir du processus de consultation comme tactique pour tenter d’y opposer un veto (*Nation haïda*, paragraphe 42, *Prophet River First Nation c. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, 408 D.L.R. (4th) 201 (*Prophet River (C.A.C.-B.)*), paragraphe 65, *Halfway River First Nation v. British Columbia*, 1999 BCCA 470, [1999] 4 C.N.L.R. 1, paragraphe 161, *Première Nation des Ahousaht*, paragraphes 52 et 53, *Première nation de Long Plain*, paragraphes 158 à 163, *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, paragraphe 39). Les tactiques visant à ce que la période de consultation arrive à terme sans entente sont incompatibles avec la réconciliation et mèneraient, de fait, à l’utilisation d’un veto si elles étaient tolérées.

[56] On ne peut promouvoir la réconciliation en tant que rapport au moyen de la consultation que si les parties acceptent le processus, évitent les tactiques contre-productives, discutent du fond des questions en litige et font preuve de bonne foi — les peuples autochtones, en expliquant leurs préoccupations aussi clairement que possible, et la Couronne, en écoutant les observations des peuples autochtones et en les examinant

an open mind throughout. Only then can the process lead to accommodations that respond to the concerns of the Indigenous peoples.

[57] When adequate consultation has taken place but Indigenous groups maintain that a project should not proceed, their concerns can be balanced against “competing societal interests”. This is the role of accommodation (*Chippewas of the Thames*, paragraphs 59–60; *Haida Nation*, paragraph 50; *TWN 2018*, paragraph 495).

[58] Like consultation, accommodation does not guarantee outcomes. It is an ongoing “give and take” process. One way to accommodate is to impose conditions on a project proponent, such as ongoing participation of Indigenous groups (see, e.g., *Chippewas of the Thames*, paragraph 57; *TWN 2018*, paragraph 637). Canada must act in good faith, but at the same time accommodation cannot be dictated by Indigenous groups (*Chippewas of the Thames*, paragraph 60; *Haida Nation*, paragraphs 48–49; *Ktunaxa Nation*, paragraph 114).

[59] The duty to accommodate requires Canada to “balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact ... on the asserted right or title and with other societal interests” (*Haida Nation*, paragraph 50). Canada can assign this balancing task to an administrative agency, as it has done in part in this case, to the NEB. As well, in this case, section 54 of the NEB Act permits the Governor in Council to weigh all the considerations.

### (3) Relevance of post-approval consultation

[60] Contrary to what the applicants assert, post-approval consultation is both relevant and important. The duty to consult is owed by the Crown and the honour of the Crown is always in play.

avec une préoccupation réelle et avec ouverture d’esprit. Ce n’est qu’ainsi que le processus peut mener à des mesures d’accommodement qui répondent aux préoccupations des peuples autochtones.

[57] Lorsqu’il y a eu une consultation suffisante, mais que les groupes autochtones soutiennent toujours qu’un projet ne devrait pas aller de l’avant, il est nécessaire d’établir un équilibre entre leurs préoccupations et les « intérêts sociétaux opposés ». Tel est le but des mesures d’accommodement (*Chippewas of the Thames*, paragraphes 59 et 60, *Nation haïda*, paragraphe 50, *TWN 2018*, paragraphe 495).

[58] Les mesures d’accommodement, comme la consultation, ne garantissent pas un résultat précis. Il doit y avoir des concessions réciproques. Une mesure d’accommodement possible est d’imposer des conditions au promoteur du projet, par exemple la participation continue des groupes autochtones (voir, par exemple, *Chippewas of the Thames*, paragraphe 57, *TWN 2018*, paragraphe 637). Le Canada doit être de bonne foi, mais les groupes autochtones ne peuvent exiger une mesure d’accommodement précise (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 60, *Nation haïda*, paragraphes 48 et 49, *Ktunaxa Nation*, paragraphe 114).

[59] Le devoir d’accommoder oblige le Canada à « établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d’une part, et l’incidence potentielle [...] sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d’autre part » (*Nation haïda*, paragraphe 50). Le Canada peut confier cette tâche à un organisme administratif, comme il l’a fait en partie en l’espèce en le confiant à l’Office. De plus, l’article 54 de la Loi sur l’Office autorise le gouverneur en conseil à pondérer tous les éléments pertinents.

### 3) La pertinence de la consultation postérieure à l’approbation

[60] Contrairement à ce qu’affirment les demanderes, la consultation postérieure à l’approbation est pertinente et importante. La Couronne a l’obligation de consulter et l’honneur de la Couronne est toujours en jeu.

[61] The Governor in Council's decision speaks extensively to the fact that consultation is an ongoing process (see in this respect the Explanatory Note). Further consultation will take place, for example, in connection with the CER's future determination of routing and permits. The certainty of further consultations and the certainty of the terms on which they will be conducted are factual elements that the Governor in Council was entitled to take into account when making its decision. Even if Canada's consultation and accommodation measures up to June 18, 2019, were found to be inadequate, consultation activities that took place after the issuance of the Order in Council would remain relevant. Sending the decision back to the Governor in Council yet again for reconsideration would be pointless if the inadequacies have since been resolved (*Vavilov*, paragraph 142; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, paragraphs 43–52; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, paragraph 44).

(4) The importance of the matter

[62] Another contextual factor that affects the reasonableness analysis in this case is the importance of this matter to those directly impacted by the Project (*Vavilov*, paragraphs 133–135). The duty to consult has underpinnings in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], and forms the legal basis for positive long-term relationships. This affects the extent and quality of the reasons that the Governor in Council is expected to provide in support of its decision.

[63] This being said, as will be seen, the reasons offered by the Governor in Council, both in the Recitals and in the accompanying Explanatory Note, are more than sufficient in providing justification for the decision. This is even more so when it is recognized that justification for an administrative decision may also be found by examining the record that was before the decision maker (*Vavilov*, paragraphs 91–98).

[61] Dans sa décision, le gouverneur en conseil aborde longuement le fait que la consultation est un processus continu (voir la note explicative). D'autres consultations auront lieu, par exemple lorsque la Régie établira les tracés et accordera des permis. L'assurance qu'il y aura d'autres consultations et qu'elles seront menées d'une façon donnée est un fait dont le gouverneur en conseil pouvait tenir compte lorsqu'il a rendu sa décision. Même si on devait conclure que la consultation menée par le Canada jusqu'au 18 juin 2019 ainsi que les mesures d'accommodement proposées jusqu'à cette date étaient insuffisantes, les consultations qui ont eu lieu après que le décret ait été délivré demeureraient pertinentes. Il serait inutile de renvoyer de nouveau la décision au gouverneur en conseil pour un nouvel examen si on a depuis remédié aux lacunes (*Vavilov*, paragraphe 142; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, paragraphes 43 à 52, *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, paragraphe 44).

4) L'importance de l'affaire

[62] Un autre facteur contextuel qui a une incidence lors de l'analyse du caractère raisonnable en l'espèce est l'importance de l'affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement (*Vavilov*, paragraphes 133 à 135). L'obligation de consulter repose sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], et est le fondement juridique de relations à long terme bénéfiques pour tous. Cela a une incidence sur la portée et la qualité des motifs que le gouverneur en conseil doit donner à l'appui de sa décision.

[63] Cela dit, comme nous le verrons, les motifs du gouverneur en conseil, tant dans les attendus du décret que dans la note explicative qui y est jointe, justifient amplement la décision. Cela est encore plus vrai lorsqu'on tient compte du fait qu'on peut aussi examiner le dossier dont était saisi le décideur administratif lorsqu'on examine la justification (*Vavilov*, paragraphes 91 à 98).

III. Was the Governor in Council's decision reasonable?

[64] In our view, the Governor in Council's decision was reasonable. It is acceptable and defensible in light of both the outcome reached on the facts and the law and the justification offered in support.

[65] As the Governor in Council has explained in the Recitals and in the Explanatory Note, and as is apparent from the record before us, it could reasonably adopt the view that the limited flaws identified by this Court in *TWN 2018* had been adequately addressed and that reasonable and meaningful consultation had taken place.

[66] The Governor in Council's explanations do not suffer from errors in reasoning or logical deficiencies of the sort identified by the Supreme Court in *Vavilov* (paragraphs 102–104). Taken together, the explanations show a chain of reasoning progressing from reasonable views of the evidence before it to plausible conclusions well within the bounds of the governing legislation.

[67] Although the Governor in Council had previously approved the Project and, in the course of doing so, had considered the duty to consult to have been met, in making the present decision it properly did not consider itself constrained by its prior decision. It looked at the issue of Canada's compliance with the duty to consult afresh based on its understanding of the duty to consult and the facts before it.

[68] The Governor in Council has demonstrated that it understood the legal content of the duty to consult (Explanatory Note, page 43, third whole paragraph). It has also shown that it understood the import of this Court's decision in *TWN 2018* and the shortcomings in its earlier consultation process (Order in Council, page 5, fourth whole paragraph; Explanatory Note, page 45, second whole paragraph). It instructed itself, appropriately and reasonably, as follows (Order in Council, page 6, first whole paragraph):

III. La décision du gouverneur en conseil est-elle raisonnable?

[64] À notre avis, la décision du gouverneur en conseil est raisonnable. Elle est acceptable et justifiable à la lumière des conclusions de fait et à la lumière du droit et de la justification donnée.

[65] Comme le gouverneur en conseil l'a expliqué dans les attendus du décret et la note explicative, et comme le démontre le dossier dont nous sommes saisis, le gouverneur en conseil pouvait, de façon raisonnable, conclure qu'on avait corrigé convenablement les lacunes limitées que notre Cour avait signalées dans l'arrêt *TWN 2018* et qu'il y avait eu une consultation raisonnable et véritable.

[66] Les explications du gouverneur en conseil ne révèlent pas d'erreur de raisonnement ou de logique semblable à celles que la Cour suprême mentionne dans l'arrêt *Vavilov* (paragraphes 102 à 104). Globalement, les explications démontrent un raisonnement qui passe d'une appréciation raisonnable de la preuve à des conclusions justifiables et tout à fait conformes à la loi pertinente.

[67] Bien que le gouverneur en conseil ait préalablement approuvé le projet et, ce faisant, croyait avoir satisfait à son obligation de consulter, lorsqu'il a rendu sa nouvelle décision, il ne s'estimait pas, à bon droit, lié par sa décision antérieure. Il a examiné à nouveau la question de savoir si le Canada avait satisfait à son obligation de consulter en tenant compte de ce qu'il croyait être les exigences et en tenant compte des faits dont il était saisi.

[68] Le gouverneur en conseil a démontré qu'il comprenait ce qu'exigeait l'obligation légale de consulter (note explicative, page 43, troisième paragraphe complet). Il a également démontré qu'il avait compris le sens de l'arrêt *TWN 2018* de notre Cour et qu'il savait quelles étaient les lacunes du premier exercice de consultation (décret, page 5, quatrième paragraphe, et note explicative, page 45, deuxième paragraphe). Il s'est donné la directive suivante, qui est convenable et raisonnable (décret, page 6, premier paragraphe) :

Whereas, on October 5, 2018, the Government reinitiated Phase III consultations, in keeping with the Court's decision and direction, and guided by the objectives of meeting its consultation obligations under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and its commitments to advance reconciliation with Indigenous peoples, engaged in substantive, meaningful two-way dialogue in order to fully understand the concerns raised and the nature and seriousness of potential impacts on rights and, where appropriate, to work collaboratively with Indigenous groups to identify and provide accommodations, and respond to concerns raised in these and the previous Phase III consultations in a flexible manner that takes into account the potential impacts and needs of each Indigenous group;

[69] It also reviewed some of the work that had been done to that end and the accommodations made (Order in Council, page 6) and summarized these in great detail in the Explanatory Note (pages 45–49).

[70] This work included reinitiating consultations directly with potentially affected Indigenous groups, with a focus on responding to and remedying the concerns raised by this Court in *TWN 2018*; retaining a recognized expert with extensive experience in Indigenous matters in the person of former Supreme Court Justice Frank Iacobucci, to oversee and provide guidance in respect of the re-initiated consultations; developing a process for meaningful, two-way dialogue between Indigenous groups and Canada through consultation teams composed of federal officials drawn from various federal departments, and led by senior government officials operating at the Director General level and reporting to the Assistant Deputy Minister responsible for the Consultation Secretariat; and providing a clear mandate for consultation teams to discuss and agree to accommodations, where appropriate (Labonté affidavit, paragraphs 4, 51, Canada record, page 2; Order in Council, page 6; Explanatory Note, pages 45–46).

[71] The Governor in Council explained that in the end, a detailed Crown Consultation and Accommodation Report (CCAR) was provided to all members of the Governor in Council and was publicly disclosed, including

Attendu que, le 5 octobre 2018, le gouvernement a relancé les consultations de l'Étape III, conformément à la décision et à l'orientation de la Cour et, orienté par ses objectifs de respecter ses obligations de consultation en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par ses engagements de faire avancer la réconciliation avec les peuples autochtones, il s'est engagé à participer à un véritable dialogue bidirectionnel efficace afin de comprendre entièrement les préoccupations soulevées et la nature et la gravité des effets possibles sur les droits et, le cas échéant, à travailler en collaboration avec les groupes autochtones pour cerner et fournir des accommodements et à répondre aux préoccupations soulevées au cours de ces consultations et lors des consultations précédentes de l'Étape III, d'une manière flexible qui tient compte des effets potentiels et des besoins de chaque groupe autochtone;

[69] Il a également passé en revue une partie du travail qu'il avait fait à cette fin et les mesures d'accommodement prises (décret, page 6) et les a exposées en détail (note explicative, pages 45 à 49).

[70] Le gouverneur en conseil a notamment fait ce qui suit. Il a recommencé les consultations directes avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés, en se concentrant sur les préoccupations soulevées par notre Cour dans l'arrêt *TWN 2018* dans le but de les résoudre. Il a retenu les services d'un expert reconnu et chevronné sur les questions autochtones, soit Frank Iacobucci, ancien juge de la Cour suprême, afin qu'il surveille les nouvelles consultations et qu'il donne des conseils à leur sujet. Il a établi des équipes de consultation composées de fonctionnaires de différents ministères et dirigées par des cadres supérieurs, des directeurs généraux, qui relèvent du sous-ministre adjoint du secrétariat des consultations afin d'assurer un dialogue véritable réciproque entre les groupes autochtones et le Canada. Il a donné des directives claires aux équipes de consultation afin qu'elles examinent les mesures d'accommodement et y consentent, s'il y a lieu (affidavit de Jeff Labonté, paragraphes 4 et 51, recueil du Canada, page 2, décret, page 6, note explicative, pages 45 et 46).

[71] Le gouverneur en conseil a expliqué qu'en fin de compte, on a fourni un rapport sur les consultations et les accommodements de la Couronne (RCAC) détaillé à tous les ministres du Cabinet et on l'a rendu disponible

to Indigenous groups (Explanatory Note, page 47). The CCAR summarized the impacts of the Project on Indigenous interests and concerns, conclusions made by the NEB, the perspectives and views of the Indigenous peoples, Canada's analysis of the impact on Indigenous rights and interests and future steps that will mitigate the impact and address the concerns (Explanatory Note, pages 47–48).

[72] Also placed before the Governor in Council was a detailed summary of new accommodation measures and initiatives that would avoid or mitigate the effects on Indigenous interests, including the Salish Sea Initiative, the Co-Developing Community Response program, the Enhanced Maritime Situational Awareness program, the Marine Safety Equipment and Training program, the Quiet Vessel Initiative, the Aquatic Habitat Restoration Fund, the Terrestrial Cumulative Effects Initiative, and the Terrestrial Studies Initiative (Explanatory Note, pages 48–49).

[73] In making its decision, the Governor in Council considered the recommendations made by the NEB and adopted them after explaining why (Explanatory Note, pages 53–63). It also considered its power to impose new conditions on any approval of the Project, discussed the considerations in great detail, and decided to implement amendments to the NEB conditions (Explanatory Note, pages 63–65).

[74] On the issue of Canada's compliance with the duty to consult, the Governor in Council concluded as follows (Order in Council, page 7, last whole paragraph):

Whereas the Governor in Council, having considered Indigenous concerns and interests of 129 groups as set out in the *Crown Consultation and Accommodation Report for the Reconsideration of the Trans Mountain Expansion Project* dated June 13, 2019, and having considered Justice Iacobucci's oversight, direction and advice, is satisfied that: the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and meets the guidance set forth in [TWN 2018] for meaningful two-way dialogue focused on rights and the potential impacts on rights, and that the concerns, and potential impacts to interests including established and asserted Aboriginal and treaty

au public, notamment aux groupes autochtones (note explicative, page 47). Le RCAC résumait les incidences du projet sur les intérêts et les préoccupations autochtones, les conclusions de l'Office, les perspectives des Autochtones, l'analyse du Canada des répercussions sur les droits et les intérêts autochtones, et les mesures futures qui atténueront les répercussions et répondront aux préoccupations (note explicative, pages 47 et 48).

[72] On a également présenté au gouverneur en conseil un résumé détaillé de nouvelles mesures d'accommodement afin d'éviter ou d'atténuer les répercussions sur les Autochtones, notamment l'initiative de la mer des Salish, le programme d'élaboration conjointe des interventions communautaires, l'initiative de connaissance améliorée de la situation maritime, le programme d'équipement et de formation sur la sécurité maritime, l'initiative de réduction du bruit des navires, le fonds de restauration de l'habitat aquatique, l'initiative d'évaluation des effets cumulatifs terrestres et l'initiative d'études terrestres (note explicative, pages 48 et 49).

[73] Lorsqu'il a rendu sa décision, le gouverneur en conseil a tenu compte des recommandations de l'Office et il les a adoptées, motifs à l'appui (note explicative, pages 53 à 63). Il a également tenu compte du fait qu'il pouvait imposer de nouvelles conditions à l'égard de l'approbation du projet, il a expliqué en détail les facteurs dont il avait tenu compte, et il a décidé d'imposer des modifications aux conditions (note explicative, pages 63 à 65).

[74] Le gouverneur en conseil est arrivé à la conclusion suivante au sujet de l'obligation du Canada de consulter (décret, page 7, dernier paragraphe complet) :

Attendu que la gouverneure en conseil est convaincue, après examen des préoccupations et des intérêts des 129 groupes autochtones cernés dans le *Rapport sur les consultations et les accommodements de la Couronne pour réexamen de l'agrandissement du réseau de pipeline de Trans Mountain* daté du 13 juin 2019, et après avoir pris en considération la surveillance par le juge Iacobucci, son orientation et son avis que le processus de consultation est compatible avec l'honneur de la Couronne et répond aux directives énoncées dans l'affaire [TWN 2018] pour un dialogue bidirectionnel axé sur les droits, et les impacts potentiels sur les droits et, que les

rights identified in the consultation process have been appropriately accommodated;

[75] It cannot be said that the decision reached by the Governor in Council is outside the bounds of section 54, reasonably interpreted. None of the applicants made that submission. Nor can it be said, based on these justifications and the record before us, that the Governor in Council did not adequately, meaningfully and reasonably address and consider the key issues raised by this Court in *TWN 2018* and the parties during the renewed consultation.

[76] In this case, the Governor in Council's key justifications for deciding as it did are fully supported by evidence in the record. The evidentiary record shows a genuine effort in ascertaining and taking into account the key concerns of the applicants, considering them, engaging in two-way communication, and considering and sometimes agreeing to accommodations, all very much consistent with the concepts of reconciliation and the honour of the Crown.

[77] Contrary to what the applicants assert, this was anything but a rubber-stamping exercise. The end result was not a ratification of the earlier approval, but an approval with amended conditions flowing directly from the renewed consultation. It is true that the applicants are of the view that their concerns have not been fully met, but to insist on that happening is to impose a standard of perfection, a standard not required by law.

[78] Significantly, the consultation process initiated by Canada invited the participation of 129 Indigenous groups potentially impacted by the Project and, in the end, more than 120 either support it or do not oppose it. As well, benefit agreements had been signed with 43 Indigenous groups as of June 22, 2019 (Explanatory Note, page 43, second whole paragraph). The Governor in Council was entitled under section 54 to take this broad consensus into account in concluding that the

préoccupations, et les impacts potentiels sur les intérêts, y compris les droits ancestraux et issus de traités établis et revendiqués, cernés lors du processus de consultation, ont fait l'objet de mesures d'accommodement appropriées;

[75] On ne peut dire que la décision du gouverneur en conseil excède la portée de l'article 54, si on l'interprète raisonnablement. Aucune des demandresses ne le prétend. On ne peut également pas dire, en tenant compte de ces motifs et du dossier dont nous disposons, que le gouverneur en conseil n'a pas tenu compte, de façon suffisante, véritable et raisonnable, des principales questions que notre Cour a soulevées dans l'arrêt *TWN 2018* et que les parties ont soulevées lors du nouvel examen.

[76] En l'espèce, la preuve au dossier étaye tout à fait les raisons essentielles que le gouverneur en conseil a données pour expliquer sa décision. Le dossier de la preuve démontre qu'on a tenté de bonne foi de comprendre les principales préoccupations des demandresses, d'en tenir compte et de les examiner, d'avoir une discussion bien nourrie, et d'envisager des mesures d'accommodement et d'y consentir dans certains cas. Cela est tout à fait compatible avec les principes de la réconciliation et de l'honneur de la Couronne.

[77] Contrairement à ce que les demandresses affirment, il ne s'agissait aucunement d'une simple approbation aveugle. Le résultat n'était pas une ratification de la première approbation, mais plutôt une approbation avec des conditions modifiées qui découlaient directement de la nouvelle consultation. Il est vrai que les demandresses estiment qu'on n'a pas répondu entièrement à toutes leurs préoccupations, mais le fait d'exiger qu'on le fasse reviendrait à utiliser la norme de la perfection, ce qui n'est pas la norme légale.

[78] Il est important de noter que lors du processus de consultation, le Canada a sollicité la participation de 129 groupes autochtones qui pourraient être touchés par le projet, et qu'en fin de compte, plus de 120 groupes appuyaient le projet ou ne s'y opposaient pas. De plus, le 22 juin 2019, des ententes d'avantages mutuels avaient été conclues avec 43 groupes autochtones (note explicative, page 43, deuxième paragraphe complet). Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil pouvait

Project was in the public interest. This is a factor that also speaks to the fact that the process that has taken place is consistent with the objectives of reconciliation and the honour of the Crown (Order in Council, page 7, last whole paragraph).

[79] As mentioned above, in conducting reasonable-ness review, our focus must be on the reasonableness of the Governor in Council's decision, including the outcome reached and the justification for it. Although the parties' submissions raise a number of specific concerns, our focus must remain on the decision itself. It bears noting that a decision can be reasonable even though some affected parties continue to have strong objections to it on the merits.

[80] At an early stage in these proceedings, the applicants were twice invited to focus on the Governor in Council's decision and to address the standard of review (see the terms of the Leave Order, above, and discussion of these matters in the decision of this Court in *Ignace v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 266, paragraphs 13–20). Instead, they chose to focus on the merits of the decision.

[81] As a result, their submissions are extensive in scope, referring to an evidentiary record of some 60 000 pages. In effect, the four applicants argued their applications as if they were seeking a freestanding declaration that the duty to consult had not been met.

[82] Under their approach, the Governor in Council's decision was quite beside the point. Indeed, we received no submissions from the applicants on the nature and quality of the Governor in Council's decision, the constraints acting upon the Governor in Council including the governing legislation, or the justification offered in support of the decision, with a view to establishing the unreasonableness of the decision. The submissions that we received following the release of *Vavilov* do not put into question any of the observations we have made concerning the reasonableness of the Governor in Council's decision under the framework of analysis set out in that decision.

tenir compte de ce large consensus pour conclure que le projet était dans l'intérêt public. Cela indique également que le processus qui a eu lieu était compatible avec les objectifs de la réconciliation et de l'honneur de la Couronne (décret, page 7, dernier paragraphe complet).

[79] Comme nous l'avons dit, lors de l'examen du caractère raisonnable, nous devons nous pencher sur le caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil, notamment la conclusion à laquelle il est arrivé et la justification qu'il a donnée. Bien que les observations des parties soulèvent un certain nombre de préoccupations précises, nous devons nous pencher sur la décision elle-même. Il convient de noter qu'une décision peut être raisonnable même si des parties touchées par cette décision s'y opposent fortement quant au fond.

[80] Dès le début de l'instance, on a demandé deux fois aux demanderessees de se concentrer sur la décision du gouverneur en conseil et sur la norme de contrôle (voir le libellé de l'ordonnance d'autorisation, précitée, et l'examen de ces questions dans l'arrêt de notre Cour *Ignace c. Procureur général*, 2019 CAF 266, paragraphes 13 à 20). Elles ont plutôt décidé d'insister sur le bien-fondé de la décision.

[81] En conséquence, leurs observations ont une grande portée et renvoient à un dossier de preuve de quelque 60 000 pages. En fait, les quatre demanderessees ont présenté leur demande comme si elles souhaitaient une déclaration indépendante portant qu'on n'avait pas satisfait à l'obligation de consulter.

[82] Selon cette façon de faire, la décision du gouverneur en conseil n'était pas pertinente. En fait, les demanderessees n'ont pas fait d'observations au sujet de la nature et de la qualité de la décision du gouverneur en conseil, des contraintes dont il devait tenir compte, notamment la loi pertinente, ou des motifs donnés à l'appui de la décision, afin de démontrer que la décision était déraisonnable. Les observations que nous avons reçues à la suite du prononcé de l'arrêt *Vavilov* ne remettent pas en question les remarques que nous avons faites au sujet du caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil en tenant compte du cadre d'analyse énoncé dans cet arrêt.

[83] In light of the above analysis and given the applicants' failure to focus on a review of the decision of the Governor in Council in accordance with the governing standard of review, nothing more need be said in order to conclude that the decision of the Governor in Council was reasonable.

[84] Nevertheless, we have decided to respond to the applicants' detailed submissions on the terms in which they have articulated them. We recognize that this approach is not required by the analysis of reasonableness we are to follow under *Vavilov* and the Supreme Court's first two decisions after *Vavilov*, *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155, and *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269. However, the shortcomings on which the applicants were asked to comment pursuant to the Leave Order were detailed and specific in nature and, to that extent, may have led the applicants to adopt a more merits-based approach than that sanctioned in *Vavilov*. It is also important that we defuse any suggestion that the Court did not consider the applicants' submissions.

#### IV. Response to the applicants' specific submissions

[85] Our review of the applicants' detailed submissions leads us to conclude that even if we were reviewing the Governor in Council's decision on the basis of a more stringent standard, i.e. correctness, we would still not be persuaded that interference with the Governor in Council's decision is warranted.

[86] The applicants' submissions are essentially that the Project cannot be approved until all of their concerns are resolved to their satisfaction. If we accepted those submissions, as a practical matter there would be no end to consultation, the Project would never be approved, and the applicants would have a *de facto* veto right over it.

[87] Overall, each of the applicants' detailed submissions fails for one or more of five reasons:

[83] En raison de l'analyse qui précède, et puisque les demanderessees ne se sont pas concentrées sur le contrôle de la décision du gouverneur en conseil selon la norme de contrôle pertinente, il est inutile d'en dire davantage pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable.

[84] Nous avons néanmoins décidé de répondre aux observations détaillées des demanderessees comme elles les ont présentées. Nous reconnaissons que nous ne sommes pas tenus de le faire lors de l'analyse du caractère raisonnable selon l'arrêt *Vavilov* et selon les deux premières décisions de la Cour suprême rendues après *Vavilov*, soit *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, et *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67. Toutefois, l'ordonnance d'autorisation invitait les demanderessees à faire des observations sur un certain nombre de lacunes détaillées et précises, ce qui a pu les amener à insister davantage sur le fondement de la décision que ce qui est prescrit dans l'arrêt *Vavilov*. Il est également important de ne pas laisser qui que ce soit ait l'impression que la Cour n'a pas tenu compte des observations des demanderessees.

#### IV. Réponse aux observations précises des demanderessees

[85] Notre examen des observations précises des demanderessees nous amène à conclure que même si nous examinions la décision du gouverneur en conseil selon une norme plus exigeante, c'est-à-dire celle de la décision correcte, nous ne serions toujours pas convaincus que nous devrions modifier cette décision.

[86] Les observations des demanderessees reviennent à dire qu'on ne peut approuver le projet avant que celles-ci ne soient satisfaites des réponses à toutes leurs préoccupations. Si nous acceptions cette thèse, cela reviendrait à dire que la consultation ne prendrait jamais fin, qu'on n'approuverait jamais le projet, et que les demanderessees auraient en fait un droit de veto.

[87] Les observations précises des demanderessees sont mal fondées pour une ou plusieurs des cinq raisons suivantes :

- they raise matters that could have been raised before this Court in *TWN 2018* but were not and, accordingly, the applicants are estopped from raising them now;
  - they raise matters that were raised before this Court in *TWN 2018* and that were dealt with by this Court;
  - they raise matters outside of the scope of the issues the Leave Order permitted to be raised;
  - they have no merit on their own terms; what is said to be unaddressed has in fact been adequately addressed by Canada; or
  - they, alone or in combination with other matters, do not take away from the overall reasonableness of the Governor in Council's decision that the duty to consult had been adequately met and that, overall, the Project is in the public interest.
- Elles soulèvent des questions qu'on aurait pu soulever devant notre Cour dans l'affaire *TWN 2018*. On ne l'a pas fait, et les demanderessees sont empêchées par préclusion de les soulever maintenant.
  - Elles soulèvent des questions qu'on a soulevées devant notre Cour dans l'affaire *TWN 2018* et que notre Cour a tranchées dans cet arrêt.
  - Elles soulèvent des questions qui excèdent la portée des questions qu'on peut soulever aux termes de l'ordonnance d'autorisation.
  - Elles sont manifestement mal fondées : on affirme que le Canada ne s'est pas penché convenablement sur une question, alors qu'il l'a fait.
  - Soit seules, soit conjointement avec d'autres questions, elles ne démontrent pas que la décision du gouverneur en conseil voulant qu'on ait satisfait convenablement à l'obligation de consulter et que le projet est globalement dans l'intérêt public n'est pas raisonnable.

[88] The analysis of each of the applicants' case-specific contentions follows.

A. *Coldwater*

[89] The focus of Coldwater's concerns was on the potential impact of the Project on the aquifer from which it draws its drinking water supply. In *TWN 2018*, this Court identified two shortcomings in the consultations that took place between Canada and Coldwater.

- (1) The flaws identified in *TWN 2018* were remedied

[90] This Court first noted that Canada conducted the consultations under the erroneous assumption that it could not impose additional conditions on the proponent beyond those imposed by the NEB. This flaw has now been addressed. Canada has formally acknowledged that it has this power. And it has exercised it by initiating

[88] L'analyse de chacune des observations précises des demanderessees suit.

A. *Les Coldwater*

[89] Les préoccupations des Coldwater portaient sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'aquifère dont ils tirent leur eau potable. Dans l'arrêt *TWN 2018*, notre Cour a conclu que les consultations entre le Canada et les Coldwater avaient deux lacunes.

- 1) Les lacunes signalées dans l'arrêt *TWN 2018* ont été corrigées

[90] Notre Cour a d'abord conclu que le Canada avait mené les consultations en supposant à tort qu'il ne pouvait imposer au promoteur des conditions en sus de celles que l'Office avait déjà imposées. On a maintenant corrigé cette lacune. Le Canada a reconnu qu'il pouvait imposer d'autres conditions, et il l'a fait en imposant un

a new Proponent Commitment to Coldwater made binding on Trans Mountain by the Governor in Council's amended NEB Condition 6.

[91] The second flaw identified in *TWN 2018* was that Condition 39 provided no certainty about the pipeline route or how the NEB would assess risks to the aquifer. Before us, Coldwater maintains that, if anything, more uncertainty about the pipeline route and risk to its aquifer has been created as a result of the renewed consultation process and the Proponent Commitment. Not only was the Proponent Commitment communicated too late in the process, but the Order in Council was issued without the benefit of a completed hydrogeological study.

[92] Coldwater's concern with the hydrogeological study is that the December 31, 2019, date for its production pursuant to the new Proponent Commitment did not allow for a sufficient period to gather baseline data. It says that data collection for at least one full year after the installation of the monitoring wells—preferably two—is required. During the renewed consultation process, Coldwater also made clear its view that the duty to consult could not adequately be met if the Project was approved before the hydrogeological study had been fully completed. Coldwater expressed this view in a letter to Canada in the following words (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 1, Canada record, page 13451):

... baseline information is needed to understand the plumbing system, then risks can be assessed. Only once you understand what you are trying to protect can the ability of mitigation measures to manage risks be considered. Specifically, you cannot compare the relative risks of the alternative routes without the aquifer study nor can you consider the adequacy of any proposed pipeline protection measures until the aquifer study is complete. [Emphasis added.]

[93] This very issue was considered by this Court in *TWN 2018*. Coldwater's argument was that the NEB should have considered the West Alternative (a possible alternate route) during the hearing. The Court rejected

nouvel engagement contraignant à Trans Mountain au moyen d'une modification de la condition 6 de l'Office.

[91] La deuxième lacune que notre Cour a signalée dans l'arrêt *TWN 2018* était que la condition 39 ne donnait aucune certitude quant au tracé de l'oléoduc ou quant à la façon dont l'Office établirait la présence éventuelle de risques pour l'aquifère. Les Coldwater soutiennent qu'il y a maintenant encore plus d'incertitude au sujet du tracé et des risques pour l'aquifère en raison du nouveau processus de consultation et de l'engagement du promoteur. On a communiqué l'engagement du promoteur trop tard au cours du processus, et on a délivré le décret sans attendre l'étude hydrogéologique.

[92] La préoccupation des Coldwater à l'égard de l'étude hydrogéologique est que la date de son dépôt aux termes du nouvel engagement du promoteur, soit le 31 décembre 2019, ne donne pas assez de temps pour établir des données de référence. Ils prétendent qu'il faut des données portant sur au moins une année complète après l'installation des puits de contrôle, et préférablement deux années. Pendant le nouveau processus de consultation, les Coldwater ont également fait valoir leur point de vue selon lequel on ne pouvait satisfaire convenablement à l'obligation de consulter si on approuvait le projet avant que l'étude hydrogéologique soit terminée. Les Coldwater ont fait connaître leur point de vue dans une lettre au Canada (annexe A, premier affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 13451) :

[TRADUCTION] [...] il faut des données de référence pour comprendre le réseau de plomberie; ensuite on peut évaluer le danger. Ce n'est que lorsqu'on comprend ce qu'on essaie de protéger qu'on peut examiner si des mesures d'atténuation seront efficaces. Plus précisément, on ne peut comparer les dangers des divers tracés sans l'étude de l'aquifère et on ne peut comparer l'efficacité des mesures proposées de protection de l'oléoduc avant que l'étude de l'aquifère soit terminée. [Non souligné dans l'original.]

[93] Notre Cour s'est penchée sur cette question précise dans l'arrêt *TWN 2018*. Les Coldwater affirmaient que l'Office aurait dû tenir compte à l'audience d'un autre tracé possible, soit le tracé ouest. La Cour a rejeté

this argument (*TWN 2018*, paragraphs 375–385). Specifically, it held that should the hydrogeological study favour an alternative route, the NEB will be in a position to order a variation of the route during the detailed route hearing. Indeed, the NEB had the power to approve a route outside of the approved corridor and could at that time choose the West Alternative if it felt it was the better route (*TWN 2018*, paragraphs 383–384):

Additionally, section 21 of the *National Energy Board Act* permits the Board to review, vary or rescind any decision or order, and in *Emera* the Board recognized, at page 31, that where a proposed route is denied on the basis of evidence of a better route outside of the approved pipeline corridor an application may be made under section 21 to vary the corridor in that location.

It follows that the Board would be able to vary the route of the new pipeline should the hydrogeological study to be filed pursuant to Condition 39 require an alternative route, such as the West Alternative route, in order to avoid risk to the Coldwater aquifer. [Emphasis added.]

[94] Based on this determination, this Court concluded that the NEB did not have to consider the West Alternative because, after the Governor in Council approves the Project, pipeline routing will remain a “live issue, depending on the findings of the hydrogeological report” (emphasis added; *TWN 2018*, paragraph 385).

[95] Further, beginning at paragraph 542 of *TWN 2018*, the Court addressed Coldwater’s argument that the structure of the consultation process was flawed because it “allowed the Project to be approved when essential information was lacking”. The Court explained that the concern about “Canada’s reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project” found its answer in two Supreme Court companion cases (*Clyde River*, paragraphs 25–29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29–31). Relying on these cases, this Court held that “the Board’s approval process may itself trigger the duty to consult where that process may result in adverse impacts upon Indigenous and treaty rights” (citations omitted; *TWN 2018*, paragraph 546).

cette prétention (*[TWN 2018]* paragraphes 375 à 385). Plus précisément, la Cour a conclu que si l’étude hydrogéologique démontrait qu’on devrait choisir un autre tracé, l’Office pourrait ordonner qu’on modifie le tracé lors de l’audience sur le tracé détaillé. En fait, l’Office pouvait approuver un tracé hors du corridor approuvé et pouvait alors choisir le tracé ouest, s’il croyait qu’il était préférable (paragraphes 383 et 384) :

De plus, l’article 21 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* permet à l’Office de réviser, d’annuler ou de modifier ses ordonnances ou décisions, et l’Office a reconnu dans la décision *Emera*, à la page 35, que lorsque le tracé proposé est refusé parce que la preuve indique un meilleur tracé hors du corridor de pipeline approuvé, une demande peut être présentée en vertu de l’article 21 pour modifier le corridor à cet endroit.

Il s’ensuit que l’Office serait habilité à modifier le tracé du nouveau pipeline si l’étude hydrogéologique devant être déposée conformément à la condition 39 requerrait un autre tracé, comme celui de l’option ouest, pour éviter de mettre en danger l’aquifère de Coldwater. [Non souligné dans l’original.]

[94] Pour cette raison, notre Cour a conclu que l’Office n’avait pas à examiner le tracé ouest parce que, lorsque le projet sera approuvé par le gouverneur en conseil, le tracé ne sera « pas arrêté et dépendra des conclusions du rapport hydrogéologique » (non souligné dans l’original, *TWN 2018*, paragraphe 385).

[95] En outre, au paragraphe 542 de l’arrêt *TWN 2018*, la Cour commence son examen de la thèse des Coldwater selon laquelle le processus de consultation était lacunaire parce qu’il « a permis l’approbation du projet alors qu’il manquait des renseignements essentiels ». La Cour a répondu que la préoccupation quant au fait que « le Canada s’en remette à un processus à l’issue duquel bon nombre de questions importantes étaient toujours sans réponse au moment où le gouverneur en conseil a approuvé le projet » trouvait sa réponse dans deux arrêts connexes de la Cour suprême, soit *Clyde River*, paragraphes 25 à 29, et *Chippewas of the Thames*, paragraphes 29 à 31. En se fondant sur ces arrêts, notre Cour a conclu que « le processus d’approbation de l’Office peut donner naissance à l’obligation de consulter lorsqu’il est susceptible d’avoir des effets préjudiciables

[96] Applying this reasoning to Coldwater’s situation, the Court noted that the NEB’s decision on routing following the detailed route hearing would trigger the Crown’s duty to consult. Even though the Crown remains responsible for ensuring that the NEB decision upholds the honour of the Crown, the NEB would have to inform itself of the impact to the aquifer and take the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about routing and compliance with Condition 39. This was “a full answer to the concern that the consultation framework was deficient because certain decisions remain to be made after the Governor in Council approved the Project” (*TWN 2018*, paragraph 547).

[97] Thus, Coldwater’s contention that the December 31, 2019, deadline did not allow sufficient time for the collection of the required baseline data for the Project to be approved and that the Project could not be approved before the report was completed was addressed and disposed of in *TWN 2018*. As was the case then, the NEB (now the CER) will have the occasion to inform itself of the impact to the aquifer and take the rights and interests of Coldwater into account before making a final decision.

[98] The Court in *TWN 2018* went on to hold that Canada could not rely on Condition 39 to satisfy its duty to consult and accommodate by reason of two particular circumstances. It said (paragraph 679):

.... In circumstances where Coldwater would bear the burden of establishing a better route for the pipeline, and where the advice given to Coldwater by the Board’s technical expert was that he was personally unaware of a route being moved out of the approved pipeline corridor, Canada placed its reliance on Condition 39, and so advised Coldwater. However, as Canada acknowledged, this condition carried no certainty about the pipeline route. Nor did the condition provide any certainty as to how the Board would assess the risk to the aquifer.

sur les droits ancestraux ou issus de traités » (renvois omis, *TWN 2018*, paragraphe 546).

[96] La Cour a appliqué ce raisonnement à la situation des Coldwater et a noté que la décision de l’Office au sujet du tracé détaillé donnera naissance à l’obligation de consulter de la Couronne. Bien que la responsabilité de veiller à ce que la décision de l’Office préserve l’honneur de la Couronne continue de reposer sur la Couronne, l’Office devra s’informer des effets du projet sur l’aquifère et devra prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive au sujet du tracé et du respect de la condition 39. C’était là « une réponse complète à la préoccupation selon laquelle le cadre de consultation était lacunaire parce que certaines décisions devaient encore être prises après l’approbation du projet par le gouverneur en conseil » (*TWN 2018*, paragraphe 547).

[97] Ainsi, dans l’arrêt *TWN 2018*, notre Cour avait déjà répondu à l’allégation des Coldwater voulant que l’échéance du 31 décembre 2019 ne donnait pas assez de temps pour établir les données de référence nécessaires à l’approbation du projet et que le projet ne pouvait être approuvé avant que le rapport hydrogéologique soit terminé. Comme c’était le cas à l’époque, l’Office (maintenant la Régie) pourra s’informer des effets sur l’aquifère et prendre en compte les droits et les intérêts des Coldwater avant de prendre une décision définitive.

[98] Notre Cour avait également conclu dans l’arrêt *TWN 2018* que le Canada, pour deux raisons précises, ne pouvait pas compter sur la condition 39 pour s’acquitter de son obligation de consulter et d’accommoder (paragraphe 679) :

[...] Dans ces circonstances — vu qu’il incombe aux Coldwater de démontrer l’existence d’un tracé supérieur et que, selon l’expert de l’Office, le tracé n’a jamais été déplacé en dehors du couloir approuvé —, le Canada dit avoir confiance à l’égard de la condition 39 et en avise les Coldwater. Or, comme l’admet le Canada, cette condition n’apporte aucune certitude quant au tracé du pipeline ou quant à l’évaluation par l’Office des risques pour l’aquifère.

[99] At the source of these uncertainties was the information provided by a contractor made available to answer questions relating to the NEB during a meeting between Canada and Coldwater who asserted that the burden of establishing that there is a better route that falls outside the approved corridor would lie on the party seeking the change (i.e., Coldwater) (*TWN 2018*, paragraphs 671, 676). As well, when Coldwater asked during the course of the re-initiated consultation whether an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a Governor in Council approval (here the Condition 39 study), the technical expert explained that while possible, this had never happened in any case that he was aware of. The Crown confirmed that given the momentum behind the Project following a Governor in Council approval, Coldwater would have a hard time discharging the burden (*TWN 2018*, paragraph 676). Coldwater insisted at the time that given the fact that it would have to bear the burden, the detailed route hearing was not a realistic option for its concerns (*TWN 2018*, paragraph 673). These observations are at the root of the uncertainty about the pipeline route and the assessment of risks to the aquifer referred to in the above passage.

[100] As the Court made clear in *TWN 2018*, the structure of the consultation process was not flawed because the NEB was bound to take into account the risk to the aquifer, and the West Alternative could be considered by the NEB in making its detailed route decision if the hydrogeological study so required. However, given the evidence that this could only take place in the event that Coldwater was able to discharge the onus of showing that the West Alternative was the better route and that, as agreed by all, this was an unlikely outcome, the Court held that the protection of Coldwater's aquifer was left in too uncertain a state. Specifically, the uncertainty as to the routing hinged on the unlikely prospect that Coldwater would be able to discharge its onus and failing this, there was no certainty about how the NEB would go about assessing the risk to the aquifer.

[101] In the present case, these two uncertainties have been addressed. The CER has confirmed that the burden of demonstrating the better route will rest on

[99] Ces incertitudes avaient comme origine les renseignements fournis par un entrepreneur mis à disposition pour répondre aux questions relatives à l'Office lors d'une rencontre entre le Canada et les Coldwater voulant que la partie qui demande un changement de tracé (c'est-à-dire les Coldwater) ait le fardeau de démontrer que le corridor approuvé n'est pas le tracé préférable (*TWN 2018*, paragraphes 671 et 676). De plus, lorsque les Coldwater ont demandé, au cours de la nouvelle consultation, s'il était déjà arrivé qu'un rapport déposé après l'approbation du gouverneur en conseil (en l'espèce, l'étude visée par la condition 39) mène à la modification du corridor approuvé, l'expert a répondu que bien que cela soit possible, il ne connaissait aucun cas où cela s'était effectivement produit. La Couronne a confirmé que les choses s'accéléraient après l'approbation du gouverneur en conseil et que les Coldwater auraient de la difficulté à s'acquitter de leur fardeau (*TWN 2018*, paragraphe 676). Les Coldwater avaient soutenu à l'époque que, puisque le fardeau reposerait sur eux, l'audience sur le tracé détaillé ne constituerait pas une option réaliste pour répondre à leurs préoccupations (*TWN 2018*, paragraphe 673). Ces observations sont à l'origine des incertitudes quant au tracé de l'oléoduc et quant à l'évaluation des dangers à l'aquifère mentionnées dans ce passage.

[100] Comme la Cour l'a dit clairement dans l'arrêt *TWN 2018*, le processus de consultation n'était pas lacunaire, puisque l'Office devait tenir compte du danger à l'aquifère et devait examiner le tracé ouest lors de l'audience sur le tracé détaillé, si l'étude hydrogéologique l'exigeait. Cependant, puisque la preuve démontrait que cela ne se produirait que si les Coldwater s'acquittaient du fardeau de démontrer que le tracé ouest était préférable, et puisque tous s'entendaient pour dire qu'il était peu probable qu'ils puissent le faire, la Cour a conclu que la protection de l'aquifère des Coldwater était trop incertaine. Plus précisément, l'incertitude quant au tracé découlait de l'éventualité peu probable que les Coldwater puissent s'acquitter de leur fardeau, faute de quoi il n'y aurait aucune certitude quant à la façon dont l'Office évaluerait le danger à l'aquifère.

[101] En l'espèce, on a résolu ces deux incertitudes. La Régie a confirmé que c'est le promoteur, soit Trans Mountain, qui aura le fardeau d'établir le tracé préférable,

the proponent, Trans Mountain, and not Coldwater. Specifically, the CER confirmed that “[t]he party having the onus to show that the proposed route is the best possible route is the company applying for approval”, citing *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10 (QL), Nos. MH-3-2007 (May 2008), MH-1-2008 (August 2008), page 32 (memorandum of the CER, paragraph 26). Moreover, in order to remove any possible ambiguity in this regard, Trans Mountain has undertaken that Coldwater will “not carry any evidentiary burden of routing decisions placed [before] the [NEB]” (Exhibit EEEE to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 682).

[102] Coldwater did not take issue with this confirmation or the effect of Trans Mountain’s binding commitment, and could hardly have done so, given that they resolve a fundamental issue which it raised during the first consultation. It follows that Trans Mountain will have the burden of showing which is the better route during the detailed route hearing, and in assessing whether this onus has been met, the CER will have to take into account the hydrogeological study. Only then will the CER be in a position to determine whether Condition 39 has been satisfied.

[103] This does away with the uncertainty pointed to in *TWN 2018*. But Canada did not rest on this. It further bolstered Condition 39 by imposing a deadline by which Trans Mountain had to file the hydrogeological study with the CER; requiring Trans Mountain to file a feasibility study of the West Alternative route with the CER, which report has to consider geotechnical, geo-hazard, and species at risk and environmental factors; and imposing a clear process as to how Trans Mountain must proceed before the CER during the detailed route hearing. Beyond this, Canada remains responsible to ensure that the detailed route hearing decision, whatever it might be, upholds the honour of the Crown.

[104] Coldwater maintains that this initiative came too late in the renewed consultation process. We disagree.

et non les Coldwater. Plus précisément, la Régie a confirmé que [TRADUCTION] « c’est la société qui cherche l’autorisation qui a le fardeau de démontrer que le tracé proposé est le meilleur tracé possible », en renvoyant à *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCONE 10 (QL), n° MH-3-2007 (mai 2008) et MH-1-2008 (août 2008), à la page 32 (mémoire de la Régie, paragraphe 26). De plus, pour dissiper toute ambiguïté, Trans Mountain s’est engagée à ce que les Coldwater [TRADUCTION] « n’aient pas à supporter le fardeau de la preuve lors des décisions de l’Office sur le tracé » (pièce EEEE, affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 682).

[102] Les Coldwater n’ont pas contesté cette confirmation ni l’effet de l’engagement contraignant de Trans Mountain et ils pouvaient difficilement faire autrement, étant donné que ces mesures réglaient un problème fondamental qu’ils avaient soulevé pendant la première ronde de consultations. Il s’ensuit qu’il incombera à Trans Mountain de démontrer quel est le meilleur tracé lors de l’audience sur le tracé détaillé et, en déterminant si cette preuve a été faite, la Régie devra tenir compte de l’étude hydrogéologique. Ce n’est qu’alors que la Régie sera en mesure de déterminer si la condition n° 39 a été respectée.

[103] L’incertitude soulevée dans l’arrêt *TWN 2018* s’en trouve dissipée. Toutefois, le Canada ne s’est pas arrêté là. Il a renforcé encore la condition n° 39 en imposant une date limite à laquelle Trans Mountain devait déposer le rapport hydrogéologique auprès de la Régie; en obligeant Trans Mountain à déposer une étude de faisabilité de l’option ouest comme tracé de recharge auprès de la Régie, qui doit examiner les géotechniques, les géohazards et évaluer les risques posés aux espèces en péril et les facteurs environnementaux; enfin, en imposant un processus clairement établi que Trans Mountain doit suivre devant la Régie pendant l’audience sur le tracé détaillé. Au-delà de cela, le Canada doit veiller à ce que la décision qui sera rendue à la suite de l’audience sur le tracé détaillé, quelle qu’elle soit, préserve l’honneur de la Couronne.

[104] Les Coldwater soutiennent que cette initiative est arrivée trop tard dans le cadre du nouveau processus de

The measure is in line with the approach sanctioned in *TWN 2018* and Coldwater retains the right to bring its input into the process. As well, Coldwater complains that the Project was approved on the basis of insufficient information and data. Again, it is not for this Court to weigh in on the science and pronounce on the sufficiency of the data, since the CER will consider the science and data sufficiency during the detailed route hearing (NEB Reconsideration Report, book of major documents, page 0975, under the heading “Condition Filings for approval” (NEB Reconsideration Report)).

[105] In sum, this Court in *TWN 2018* has already provided a full answer to the argument that the consultation process was flawed because the hydrogeological study had yet to be completed when the Project was approved. Coldwater is barred from litigating this issue again. In addition, it was open to the Governor in Council to conclude that the deficiency relating to a lack of meaningful dialogue with Coldwater was adequately remedied. We note in this respect the ongoing consideration of alternative routes, inclusive of the West Alternative, as well as Canada’s clearly expressed understanding that it was not confined to the NEB’s findings in developing accommodations. On this last point, Canada has spoken through its actions by initiating a binding Proponent Commitment that addresses Coldwater’s concerns about routing and provides more certainty that the risk to Coldwater’s aquifer will be addressed. While Coldwater remains dissatisfied, the flaw identified in *TWN 2018* has been remedied.

- (2) The West Alternative is no longer the preferred route

[106] Having said this, it appears to us that reaching an agreement with Coldwater through meaningful consultation was an unlikely prospect. This can best be illustrated

consultations. Nous sommes en désaccord avec ce point de vue. La mesure est conforme à l’approche sanctionnée dans l’arrêt *TWN 2018* et les Coldwater conservent le droit de faire valoir leur point de vue. De plus, Les Coldwater se plaignent que le projet a été approuvé sur la base de données et de renseignements insuffisants. Il n’appartient pas à la Cour de donner son avis sur des questions qui relèvent du champ de la science ou de se prononcer sur la suffisance des données puisque la Régie va examiner ces questions au cours de l’audience sur le tracé détaillé (Rapport de réexamen de l’Office, recueil des principaux documents, page 0975, sous la rubrique « Dépôts relatifs aux conditions soumis à une approbation »).

[105] En résumé, la Cour, dans l’arrêt *TWN 2018*, a déjà répondu de manière complète à la thèse selon laquelle le processus de consultations présentait une lacune parce que l’étude hydrogéologique n’avait pas encore été terminée au moment de l’approbation du projet. Les Coldwater ne peuvent plus remettre en litige cette question. En outre, le gouverneur en conseil avait la possibilité de conclure que les lacunes se rapportant à l’absence d’un véritable dialogue avec les Coldwater avaient été remédiées de façon adéquate. Nous relevons à cet égard la prise en considération continue des tracés de rechange, y compris l’option ouest, ainsi que la compréhension, clairement exprimée par le Canada, qu’il n’était pas restreint par les conclusions de l’Office en ce qui concerne le développement de mesures d’accommodement. Sur ce dernier sujet, notons que le Canada s’est exprimé concrètement par ses gestes en mettant de l’avant l’engagement contraignant du promoteur pour répondre aux préoccupations des Coldwater concernant l’établissement du tracé, ce qui procure aux Coldwater un degré plus raisonnable de certitude que les risques pour l’aquifère seront abordés. Bien que les Coldwater demeurent insatisfaits, la lacune identifiée dans l’arrêt *TWN 2018* a été corrigée.

- 2) L’option ouest ne constitue plus le tracé privilégié

[106] Ceci dit, il nous semble qu’il était peu probable qu’une entente puisse être conclue avec les Coldwater par le biais d’une consultation constructive. Ce qui

by Coldwater's increasing disenchantment with the West Alternative as it became increasingly apparent to it that this alternative was being integrated through meaningful consultation and in a manner that provided an adequate response to its concerns.

[107] Throughout the consultations that preceded *TWN 2018* and up to March 2019, Coldwater's position was that it had a "strong preference" for the West Alternative given that it posed no risk to its aquifer and its drinking water supply (*TWN 2018*, paragraph 586). However, during the renewed consultation process, after Trans Mountain indicated its willingness to consider the West Alternative, Coldwater's position began to shift. On or around March 6, 2019, Coldwater raised for the first time concerns about "how risky the river crossings associated with the West Alternative actually are" (emphasis added; Exhibit WW to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 499). It had long been known that the West Alternative had two river crossings; this was one of the reasons why Trans Mountain did not choose it as the preferred route.

[108] Later, in early June 2019, when confronted with the prospect that the West Alternative could provide a realistic solution to its aquifer concerns, Coldwater changed course altogether and asserted that no route was safe enough (Exhibit CCCC to the Spahan affidavit, Coldwater record, page 678):

We do not see how the Project can be approved unless it has been determined that there is a feasible route through the Coldwater Valley that does not put our aquifer at risk or otherwise unduly harm our aboriginal rights and interests. Absent completion of the hydrogeological study and an assessment of the West (or other) route alternatives, any approval of the project would have to contemplate the possibility that there is no safe route through our valley. In this respect, there is no condition that can suffice given our unaddressed and undiscussed concerns about

illustre le mieux cette conclusion est le désenchantement de plus en plus évident des Coldwater pour l'option ouest au fur et à mesure qu'il devenait de plus en plus évident que cette solution de rechange était en train d'être intégrée dans le cadre d'une véritable consultation et d'une façon qui répondait de façon adéquate à leurs préoccupations.

[107] Tout au long des consultations qui ont précédé le prononcé de l'arrêt *TWN 2018* et jusqu'au mois de mars 2019, la position des Coldwater était qu'ils avaient une « nette préférence » pour l'option ouest étant donné que celle-ci ne présentait pas de risque pour leur aquifère et leur approvisionnement en eau potable (*TWN 2018*, paragraphe 586). Cependant, au cours du nouveau processus de consultation, une fois que Trans Mountain s'est dite disposée à examiner l'option ouest, les Coldwater se sont mis à modifier leur position. Vers le 6 mars 2019, les Coldwater ont soulevé pour la première fois des préoccupations portant sur le « risque auquel sont effectivement exposés les franchissements de la rivière associés à l'option ouest » (soulignement ajouté; pièce WW jointe à l'affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 499). On savait depuis longtemps que l'option ouest comptait deux franchissements de rivière; il s'agit d'une des raisons pour lesquelles Trans Mountain ne l'avait pas choisie comme son tracé privilégié.

[108] Plus tard, au début de juin 2019, quand les Coldwater ont dû faire face à la possibilité que l'option ouest pourrait constituer une solution réaliste à leurs préoccupations portant sur leur aquifère, ils ont changé de cap et ont fait valoir qu'aucun tracé n'était assez sûr (pièce CCCC jointe à l'affidavit de Terrance Lee Spahan, recueil des Coldwater, page 678) :

[TRADUCTION] Nous ne voyons pas comment le projet peut être approuvé à moins qu'il soit déterminé qu'il existe un tracé possible dans la vallée Coldwater qui n'exposerait pas à un risque notre aquifère ou qui ne nuirait pas indûment à nos droits et intérêts autochtones. Si l'étude hydrogéologique et l'évaluation de l'option ouest ou de tracés de rechange devaient rester inachevées, il faudrait envisager la possibilité, dans le cadre de l'approbation du projet, qu'il n'existe aucun tracé sans risque dans notre vallée. À cet égard, aucune condition ne suffira étant donné que nos

our aquifer and routing lie at the very heart of the Crown's constitutional obligations to us.

[109] This is a position that Coldwater was entitled to take. However, it would have been more useful and productive for everyone if this had been clear from the beginning.

[110] As stated at the outset of these reasons, the issue to be decided in these judicial review applications is confined to the reasonableness of the Governor in Council's conclusion that the flaws identified in *TWN 2018* have been adequately remedied. Coldwater would now like to go back in time and address issues not raised or addressed in *TWN 2018*. This is precluded by the Leave Order.

[111] Beyond this, we believe that the words of the British Columbia Court of Appeal in *Prophet River BCCA*, at paragraph 65, are apposite given Coldwater's revised position that no route is safe enough for the Project to be approved:

.... Here, the appellants have not been open to any accommodation short of selecting an alternative to the project; such a position amounts to seeking a "veto". They rightly contend that a meaningful process of consultation requires working collaboratively to find a compromise that balances the conflicting interests at issue, in a manner that minimally impairs the exercise of treaty rights. But that becomes unworkable when, as here, the only compromise acceptable to them is to abandon the entire project.

[112] The Governor in Council's decision that Coldwater was adequately consulted and accommodated during the renewed consultation process is eminently reasonable and therefore the Order in Council approving the Project against Coldwater's opposition must stand.

préoccupations au sujet de notre aquifère et du tracé, qui n'ont pas été abordées et qui n'ont pas fait l'objet de discussions, reposent au cœur même des obligations constitutionnelles de la Couronne à notre égard.

[109] Les Coldwater avaient le droit de défendre cette thèse. Cependant, il aurait été plus utile et productif pour tous si cela avait été clair dès le début.

[110] Comme nous l'avons déclaré initialement dans ces motifs, la question à trancher dans le cadre de ces demandes de contrôle judiciaire se limite au caractère raisonnable de la conclusion du gouverneur général selon laquelle les lacunes identifiées dans l'arrêt *TWN 2018* ont été palliées de façon adéquate. Maintenant, les Coldwater voudraient remonter dans le temps et aborder des questions qui n'ont pas été soulevées ou abordées dans l'arrêt *TWN 2018*. L'ordonnance d'autorisation ne le permet pas.

[111] Par ailleurs, nous croyons que les propos de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Prophet River (C.A.C.-B.)*, au paragraphe 65, sont pertinents compte tenu de la thèse revue des Coldwater qu'aucun tracé n'est assez sûr pour que le projet puisse être approuvé :

[TRADUCTION] [...] En l'espèce, les appelantes n'ont été réceptives à aucune mesure d'accommodement si ce n'est celle qui consiste à opter pour une solution de rechange à ce projet; l'adoption d'une telle position équivaut à demander un droit de « veto ». Elles font valoir à juste titre qu'un véritable processus de consultation implique la nécessité de travailler en collaboration pour trouver un compromis entre des intérêts contradictoires en jeu, d'une façon qui portera atteinte le moins possible à l'exercice de droits protégés par traité. Cependant, ce processus s'avère impraticable lorsque, comme en l'espèce, le seul compromis qui leur semble acceptable est d'abandonner l'ensemble du projet.

[112] La décision du gouverneur en conseil que les Coldwater ont été adéquatement consultés et que des mesures d'accommodement adéquates ont été prises dans le cadre du nouveau processus de consultation est éminemment raisonnable et, par conséquent, le décret approuvant le projet auquel s'opposent les Coldwater demeure valide.

### B. *Squamish*

[113] Squamish’s primary concerns with the Project have been the risk of spills of the diluted bitumen that would be carried by the pipeline and the consequences of a spill for Squamish’s rights and interests.

[114] In *TWN 2018* (paragraphs 662–668), this Court identified three specific shortcomings in the earlier consultation between Canada and Squamish on these subjects. The first was that there was no meaningful response from Canada to Squamish’s concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled to permit approval of the Project. The second was that there was nothing in Canada’s response to show that Squamish’s concern about diluted bitumen was given real consideration or weight. The third was that there was nothing to show that any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation measures.

[115] The Court went on to set out how, in its view, the consultation by Canada with Squamish fell short of the required standard. It pointed out that there was only one consultation meeting with Squamish in Phase III of the consultation process. During the meeting, Squamish took the position that it had “insufficient information about the Project’s impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures” (*TWN 2018*, paragraph 662). There was reference in particular to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Canada responded by describing this as an “information gap”. It stated that it was unsure how the Governor in Council would weigh the uncertainties in considering whether, despite them, it was acceptable for the Project to go forward. The Court observed that the meeting notes did not reflect that there was any further discussion about the fate and behaviour of diluted bitumen in water.

### B. *Les Squamish*

[113] Les préoccupations principales des Squamish au sujet du projet portent sur le risque de déversement du bitume dilué qui serait transporté par pipeline et sur les conséquences d’un déversement sur les droits et intérêts des Squamish.

[114] Dans l’arrêt *TWN 2018* (paragraphes 662 à 668), la Cour a identifié trois manquements précis lors des consultations entre le Canada et les Squamish à ce sujet. Le premier manquement concerne le fait que le Canada n’a pas répondu de façon adéquate à la préoccupation que faisaient valoir les Squamish au sujet du fait que les connaissances sur le comportement du bitume dilué lors d’un déversement étaient trop limitées pour permettre l’approbation du projet. Le deuxième manquement concerne le fait qu’il n’y avait rien dans la réponse du Canada qui démontrait que celui-ci avait accordé un poids effectif ou une attention particulière à la préoccupation des Squamish au sujet du bitume dilué. Le troisième manquement concerne le fait qu’aucune attention n’a été donnée à des mesures d’accommodement significatives et concrètes.

[115] La Cour a poursuivi en affirmant qu’à son avis, la consultation du Canada auprès des Squamish était insuffisante. Elle a signalé le fait qu’il n’y a eu qu’une seule réunion de consultation avec les Squamish dans le cadre de l’étape III du processus de consultations. Au cours de la réunion, les Squamish ont déclaré « ne pas disposer de suffisamment de renseignements sur l’effet du projet à leur égard pour prendre une décision ou discuter de mesures d’atténuation » (*TWN 2018*, paragraphe 662). Ils ont mentionné l’absence de renseignements sur le devenir et le comportement du bitume dilué déversé en milieu marin. Le Canada a répondu qu’il s’agissait là d’un « déficit d’information ». Il a déclaré ne pas savoir quel rôle jouerait cette incertitude lors du processus d’approbation par le gouverneur en conseil et s’il approuverait, malgré tout, le projet. La Cour a constaté que le procès-verbal de la réunion n’indiquait aucune discussion sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans l’eau.

[116] The Court also referred to a joint letter to Squamish from Canada and the B.C. Environmental Assessment Office, responding to the issues raised by Squamish and dated the day before the Project was approved. The letter noted that Squamish had raised concerns relating to potential spills and the fate and behaviour of diluted bitumen, but stated only, in effect, that a pipeline company was required to follow regulatory requirements. The Court described the letter as a “generic response” and “not a meaningful response to Squamish’s concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled” (*TWN 2018*, paragraph 666).

[117] Squamish submits that the renewed consultation that followed this Court’s decision did not address these shortcomings: that Canada failed again to engage substantively on the issues of concern to Squamish, and unilaterally relied on accommodation measures that would not mitigate or accommodate impacts to Squamish. Therefore, in its view, it was unreasonable for the Governor in Council to approve the Project.

[118] We disagree. In our view, the record demonstrates that in the renewed consultation process, Canada meaningfully responded to Squamish’s concerns through, among other things, discussion, the exchange of expert scientific opinion, and the provision of relevant information and documentation. Canada also proposed accommodation measures that could contribute to mitigating the impacts with which Squamish was concerned, including agreeing to conduct a joint experimental study with Squamish and Tsleil-Waututh (which shares Squamish’s concerns about diluted bitumen and spills) on the behaviour of diluted bitumen in the Burrard Inlet and Fraser River area, the area where Squamish and Tsleil-Waututh were concerned a spill could occur.

[116] La Cour a également fait référence à une lettre conjointe du Canada et du Bureau de l’évaluation environnementale de la Colombie-Britannique adressée aux Squamish, datée de la veille de l’approbation du projet et répondant aux préoccupations soulevées par les Squamish. Selon la lettre, bien que les Squamish ont exprimé des préoccupations quant au devenir et au comportement du bitume dilué et aux risques de déversement, les sociétés de pipelines ne sont assujetties qu’aux exigences réglementaires. La Cour a décrit la lettre comme des « généralités » qui ne constituent pas « une véritable réponse aux préoccupations des Squamish qui craignent que l’on n’en sache pas assez sur le comportement du bitume dilué en cas de déversement » (*TWN 2018*, paragraphe 666).

[117] Les Squamish soutiennent que ces manquements n’ont pas été abordés lors des nouvelles rondes de consultations qui ont suivi la décision de la Cour : le Canada a, une fois de plus, omis de s’engager concrètement à l’égard des préoccupations des Squamish et s’est fié unilatéralement à des mesures d’accommodement qui n’atténueraient pas les effets des répercussions que pourraient subir les Squamish, ni ne les accommoderaient. Par conséquent, selon les Squamish, il était déraisonnable pour le gouverneur en conseil d’approuver le projet.

[118] Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, il ressort du dossier que, dans le cadre du nouveau processus de consultation, le Canada a répondu de façon significative aux préoccupations des Squamish, notamment, en participant à des discussions avec eux, en procédant à un échange d’opinions d’experts scientifiques ainsi qu’en fournissant de la documentation et d’autres renseignements pertinents. Le Canada a également proposé des mesures d’accommodement qui aideraient à atténuer les répercussions qui préoccupaient les Squamish, soit, notamment, de se mettre d’accord pour mener une étude expérimentale conjointe avec les Squamish et les Tsleil-Waututh (qui partagent avec les Squamish des préoccupations au sujet du bitume dilué et des déversements) sur le comportement du bitume dilué dans la baie Burrard et dans la région du fleuve Fraser, la région où les Squamish et les Tsleil-Waututh étaient préoccupés qu’un déversement puisse survenir.

[119] Ultimately, Squamish and its experts were not persuaded that enough was known about the fate and behaviour of diluted bitumen to permit a decision approving the Project. For their part, Canada and its experts were not persuaded, given the current state of scientific knowledge, that further information was required before a decision could be made. But the law governing consultation does not impose a duty to agree (*Haida Nation*, paragraph 42). Nor is it the role of the Court to act as an “academy of science” to decide whose view is correct (*Inverhuron & District Ratepayers Ass. v. Canada (Minister of The Environment)*, 2001 FCA 203, 273 N.R. 62, paragraph 40). Rather, provided the Governor in Council could reasonably determine that there was meaningful consultation, the appropriateness of a decision on the Project given the current state of scientific knowledge was a matter for the Governor in Council to determine.

[120] What, then, were the elements of the renewed consultation with Squamish on potential spills and the fate and behaviour of diluted bitumen?

[121] First, updated evidence was filed in the NEB reconsideration hearing, in which Squamish participated. Canada had advised that it intended to rely on the NEB reconsideration hearing, to the extent possible, to fulfil its duty to consult. The updated evidence addressed, among other things, the fate and behaviour of diluted bitumen and oil spill clean-up technologies. It included a 2018 report on a review conducted by federal scientists and external experts that summarized the state of knowledge in the field and provided direction for further research. There was also evidence from Squamish’s expert, Dr. Short, concerning the submergence of diluted bitumen following a spill. The NEB found that the weight of the evidence did not support Dr. Short’s assertion that rapid, widespread submergence of diluted bitumen was likely. It concluded that there was sufficient evidence regarding the fate and behaviour of an oil spill, including diluted bitumen, to support assessment of potential spill-related effects and spill response planning (NEB Reconsideration Report, pages 0479–0503).

[119] En fin de compte, Squamish et ses experts n’ont pas été convaincus que les connaissances sur le devenir et le comportement du bitume dilué étaient suffisantes pour permettre au gouverneur en conseil d’approuver le projet. Pour leur part, le Canada et ses experts n’ont pas été convaincus, compte tenu de l’état actuel des connaissances scientifiques, que des renseignements supplémentaires étaient nécessaires avant qu’une décision puisse être rendue. Cependant, le droit régissant les consultations n’impose pas une obligation de parvenir à une entente (*Nation haïda*, paragraphe 42). Il n’appartient pas non plus à la Cour d’agir comme « “académie des sciences” » en vue de décider quelle opinion est la bonne (*Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2001 CAF 203, paragraphe 40). Au contraire, à condition que le gouverneur en conseil puisse raisonnablement conclure qu’une véritable consultation a eu lieu, le caractère approprié d’une décision portant sur le projet, compte tenu de l’état actuel des connaissances scientifiques, était une question qui appartenait au gouverneur en conseil de trancher.

[120] Quels étaient alors les éléments de la nouvelle ronde de consultation avec les Squamish sur les risques de déversements ainsi que le devenir et le comportement du bitume dilué?

[121] Premièrement, des éléments de preuve mis à jour ont été déposés lors de l’audience de réexamen de l’Office à laquelle les Squamish ont participé. Le Canada a fait part de son intention de s’appuyer sur l’audience de réexamen de l’Office, dans la mesure du possible, pour s’acquitter de son obligation de consulter. Les éléments de preuve mis à jour portaient notamment sur le devenir et le comportement du bitume dilué ainsi que sur les technologies de nettoyage en cas de déversement d’hydrocarbures. Ils comprenaient un rapport de 2018 sur une étude menée par des scientifiques du gouvernement fédéral et des experts de l’extérieur qui ont fait une synthèse de la situation sur la connaissance dans ce domaine et a orienté davantage les efforts de recherche futurs. Un expert des Squamish, M. Short, Ph. D., a également déposé un rapport en preuve au sujet de la submersion du bitume dilué à la suite d’un déversement. L’Office a conclu que le poids de la preuve n’appuyait pas la thèse de M. Short que la submersion rapide et étendue du bitume dilué était probable. Il a conclu qu’il

[122] Second, two of the seven technical consultation meetings between Canada and Squamish, and a substantial portion of a third (a telephone meeting), were devoted to these and related issues. These meetings were convened in response to the identification by Squamish of the fate and behaviour of diluted bitumen and spill response as issues that it considered outstanding or unaddressed in light of the NEB Reconsideration Report, and as subjects requiring consultation (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14474–14480, 14498–14502). Both federal experts and Squamish’s experts attended these technical consultation meetings. Federal experts gave presentations on oil spills, including spill modelling, the biodegradation of diluted bitumen, and spill response. They advised that much additional research had been conducted since 2016. They presented substantial information on spill response capacities and programs. Squamish and its expert expressed the view that additional work on the fate and behaviour of diluted bitumen must nonetheless be completed before the Governor in Council could make a decision on the Project. Canada responded directly that, given the extent of current scientific knowledge, it did not share that view (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 60–61, Canada record, page 14254; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14729–14783, 15088–15103). The second meeting included a presentation on spill response capacity by Western Canada Marine Response Corporation (the Transport Canada-certified marine spill response organization for Canada’s west coast). There was also discussion of available information on spill response capacity that Squamish’s expert on this subject had apparently not considered (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15101–15102). This was meaningful dialogue.

y avait suffisamment de preuve au sujet du devenir et du comportement d’un déversement de pétrole, y compris du bitume dilué, pour permettre une évaluation des effets potentiels d’un déversement et l’élaboration d’un plan d’urgence en cas de déversement (Rapport de réexamen de l’Office, pages 0479 à 0503).

[122] Deuxièmement, deux des sept réunions de consultation techniques entre des représentants du Canada et des Squamish, ainsi qu’une partie importante d’une troisième réunion (une réunion téléphonique) ont été consacrées à ces questions ainsi qu’à des questions connexes. Ces réunions ont été organisées en réponse à l’identification par les Squamish de questions qu’ils considéraient comme n’ayant pas été abordées ou comme ayant été laissées en suspens et qui se rapportaient au devenir et au comportement du bitume dilué ainsi qu’aux mesures en cas de déversement à la lumière du rapport de réexamen de l’Office, ou à titre de sujets nécessitant consultation (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14474 à 14480 et 14498 à 14502). Les experts du fédéral et de Squamish ont assisté à ces réunions de consultation technique. Les experts fédéraux ont fait des présentations sur les déversements de pétrole, y compris la modélisation des déversements, la biodégradation du bitume dilué, et l’intervention en cas de déversement. Ils ont déclaré que beaucoup de recherche supplémentaire avait été effectuée depuis 2016. Ils ont présenté beaucoup de renseignements sur les capacités et les programmes d’intervention en cas de déversement. Les représentants des Squamish et leurs experts ont fait valoir que, néanmoins, plus de travail portant sur le devenir et le comportement du bitume dilué devait être accompli avant que le gouverneur en conseil puisse prononcer sa décision sur le projet. Les représentants du Canada ont répondu directement que, compte tenu de l’état actuel des connaissances scientifiques, ils ne partageaient pas cet avis (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 60 et 61, recueil du Canada, page 14254, pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14729 à 14783 et 15088 à 15103). Au cours de la deuxième réunion, la Western Canada Marine Response Corporation (l’organisation certifiée par Transport Canada pour les services d’intervention en cas de déversement maritime sur la côte ouest du Canada) a donné une présentation sur la capacité d’intervention en cas de déversement. Les

[123] Third, during the consultation period Canada provided to Squamish and its experts substantial research and other written material providing further information on these subjects (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 58–59, 62–64, 71, 74, 80, 82, 86, Canada record, pages 14252–14255, 14258–14259, 14262–14267; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14667–14669, 14687–14693, 14716–14728, 14792, 14850, 14931–14932, 15162–15164, 15178–15189, 15240–15246). This too contributed to the dialogue on these issues.

[124] In our view, these three elements, taken together, reasonably address the first two of the three shortcomings related to the earlier consultation on diluted bitumen and spill modelling specifically identified by this Court in *TWN 2018*. While we have focused on the consultation relating to these subjects because of their importance to Squamish and the shortcomings found in *TWN 2018*, the record also shows substantive dialogue on other concerns communicated by Squamish. For example, among the concerns discussed at the May 23, 2019 consultation meeting were protocols for vessels when killer whales are in port waters, threats facing the whale population and the initiatives being developed by Canada to address them, measures to mitigate impacts on Chinook salmon, and a number of proposed accommodation measures (discussed below) (Taylor affidavit No. 2, paragraph 75, Canada record, pages 14259–14260; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 16431–16439). As a further example, in a letter dated May 28, 2019, Canada responded to Squamish’s concerns on various subjects, in addition to diluted bitumen and oil spill response capacity, including cumulative effects, Squamish’s restoration efforts, the health and sustainability of killer whales, and measures to avoid potential harms identified by Squamish to the ability to engage in cultural and spiritual practices in marine environments

discussions ont également porté sur les renseignements concernant la capacité d’intervention en cas de déversement que l’expert des Squamish sur le sujet n’avait apparemment pas examinés (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 15101 et 15102). Ce fut un dialogue constructif.

[123] Troisièmement, le Canada a fourni aux Squamish et à leurs experts, au cours de la période de consultations, un volume important de résultats de recherche et d’autres documents portant sur ces sujets (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 58 et 59, 62 à 64, 71, 74, 80, 82 et 86, recueil du Canada pages 14252 à 14255, 14258, 14259 et 14262 à 14267; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14667 à 14669, 14687 à 14693, 14716 à 14728, 14792, 14850, 14931, 14932, 15162 à 15164, 15178 à 15189 et 15240 à 15246). Cet échange a également contribué à un dialogue véritable sur ces questions.

[124] À notre avis, ces trois éléments, pris ensemble, remédient raisonnablement aux deux premiers des trois manquements se rapportant à la consultation antérieure sur le bitume dilué et la modélisation des déversements que la Cour a expressément identifié dans l’arrêt *TWN 2018*. Alors que nous avons porté notre attention sur les consultations concernant ces sujets à cause de l’importance que leur accordaient les Squamish et des manquements relevés dans l’arrêt *TWN 2018*, il ressort également du dossier que des échanges importants ont eu lieu sur d’autres sujets de préoccupation signalés par les Squamish. Par exemple, parmi les sujets de préoccupation ayant fait l’objet de discussions au cours de la réunion de consultation qui a eu lieu le 23 mai 2019, il y avait les protocoles de navigation lorsque les épaulards occupent les eaux portuaires, les menaces auxquelles fait face la population de baleines et les initiatives prises par le Canada pour les contrer, les mesures prises pour atténuer les effets néfastes sur les saumons Chinook et un certain nombre de mesures d’accommodement proposées (que nous abordons ci-dessous) (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, pages 14259 à 14260; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 16431 à 16439). Comme autre exemple, dans une lettre datée du 28 mai 2019, le Canada a répondu à plusieurs

(Taylor affidavit No. 2, paragraph 80, Canada record, pages 14262–14264; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15156–15167).

[125] That leaves the third identified shortcoming, the failure in the earlier consultation to consider any meaningful and tangible accommodation measures, as well as the further inadequacies that Squamish asserts in the renewed consultation process: the alleged withholding by Canada of certain “reviews”, the late provision by Canada of other relevant information, and the “rushing” of the consultation process toward a “pre-determined outcome”.

[126] We address these points in turn.

- (1) The proposed accommodation measures were meaningful and tangible

[127] In the renewed consultation process with Squamish, Canada proposed a series of eight accommodation measures, which it stated had been developed to respond to concerns expressed by Squamish and other Indigenous groups about the potential impact of the Project on Aboriginal rights. Canada also proposed these measures to the other applicants. It contemplated from the outset that there would be discussions with interested Indigenous groups to develop the measures further and to refine their application to address each group’s particular concerns.

[128] These measures included the Salish Sea Initiative (SSI), described as “a joint Indigenous-government governance structure, to be co-developed,

préoccupations des Squamish, outre le bitume dilué et les capacités d’intervention en cas de déversement, soit, notamment, les effets cumulatifs, les efforts de restauration déployés par les Squamish, la santé et la viabilité des épaulards et les mesures à prendre pour éviter toute dégradation éventuelle identifiée les Squamish ainsi que la possibilité d’exercer des pratiques culturelles et spirituelles dans des milieux marins (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 80; recueil du Canada, pages 14262 à 14264; pièce A de l’affidavit de Mitchell Taylor et recueil du Canada, pages 15156 à 15167).

[125] Il reste donc un troisième manquement, le défaut, lors de la ronde de consultations précédente, de prendre en considération des mesures d’accommodement significatives et concrètes ainsi que d’autres fautes qui, d’après les Squamish, auraient grevé le nouveau processus de consultation : la dissimulation de certains [TRADUCTION] « examens scientifiques » par le Canada, la transmission tardive par le Canada de renseignements pertinents supplémentaires et la finalisation [TRADUCTION] « à la hâte » du processus de consultation pour aboutir à un [TRADUCTION] « résultat prédéterminé ».

[126] Nous aborderons ces points un à la fois.

- 1) Les mesures d’accommodement étaient significatives et concrètes

[127] Dans le cadre du nouveau processus de consultation avec les Squamish, le Canada a proposé une série de huit mesures d’accommodement qui, selon lui, avaient été élaborées pour répondre aux préoccupations des Squamish et d’autres groupes autochtones au sujet de la répercussion potentielle du projet sur les droits des Autochtones. Le Canada a également proposé ces mesures aux autres demanderesse. Le Canada avait envisagé dès le départ d’entamer des discussions avec des groupes d’autochtones intéressés dans le but de développer ces mesures et d’en perfectionner l’application pour répondre aux préoccupations particulières de chaque groupe.

[128] Ces mesures comprennent l’Initiative de la mer des Salish (IMS), décrite comme [TRADUCTION] « une structure de gouvernance conjointe autochtone et

with funding to support Indigenous capacity to better understand and put in place mechanisms to monitor and address cumulative effects in the Salish Sea”; Co-Developing Community Response (CDCR), described as “a measure that could deliver training and equipment and bring Indigenous groups to the table for the planning of emergency response in the marine environment”; Enhanced Marine Situational Awareness (EMSA), designed to provide real-time vessel information in response to safety concerns expressed by Indigenous groups; Marine Safety Equipment and Training (MSET), created to provide funding for safety equipment to improve marine safety on the water; Quiet Vessel Initiative (QVI), created “to test safe and effective quiet vessel technologies and operational practices that reduce underwater noise at its source as a complement to various other measures currently underway to support the recovery of [killer whales]”; and Aquatic Habitat Restoration Fund (AHRF), designed to support collaboration with Indigenous groups to protect and restore aquatic habitats that would be affected by the Project (Taylor affidavit No. 2, paragraph 41, Canada record, pages 14245–14247; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14524–14544). Squamish was invited to an information session with officials who had lead responsibility for these measures, but did not attend (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 42–43, Canada record, page 14247). However, a number of these measures were discussed during consultation meetings between Canada and Squamish (Taylor affidavit No. 2, paragraph 75, Canada record, pages 14259–14260; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 16431–16439).

gouvernementale, devant être co-développée et financée pour permettre aux Autochtones de mieux comprendre les effets cumulatifs dans la mer des Salish et de mettre en place des mécanismes de surveillance et de gestion de ces effets »; l’élaboration conjointe de l’intervention communautaire, qui est décrite comme [TRADUCTION] « une mesure dans le cadre de laquelle la formation et de l’équipement seraient fournis aux groupes autochtones qui seraient amenés à participer à l’élaboration de plans d’intervention d’urgence en milieu marin »; l’Initiative de sensibilisation accrue aux activités maritimes, une initiative visant à fournir de l’information en temps réel sur les navires, conçue pour répondre aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones en matière de sécurité; l’Initiative relative à l’équipement et à la formation en matière de sécurité maritime, qui prévoit l’octroi d’un financement pour de l’équipement en matière de sécurité maritime; l’Initiative pour des navires silencieux, [TRADUCTION] « pour mettre à l’essai des technologies et des pratiques opérationnelles efficaces visant à réduire à sa source le bruit sous-marin des navires et à les rendre plus sécuritaires en complément de nombreuses autres mesures présentement mises en œuvre pour appuyer le rétablissement des [épaulards] »; le Fonds de restauration de l’habitat aquatique, qui est consacré à la collaboration avec les collectivités autochtones dans le but de protéger et de restaurer les habitats aquatiques touchés par le projet (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 41, recueil du Canada, pages 14245 à 14247; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14524 à 14544). Une invitation a été lancée aux Squamish pour participer à une séance d’information tenue par des fonctionnaires qui étaient responsables au premier chef de ces mesures, mais ils ne se sont pas présentés (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, page 14247). Cependant, un certain nombre de ces mesures ont ensuite fait l’objet de discussions au cours de réunions de consultation qui ont eu lieu entre des représentants du Canada et des Squamish (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 75, recueil du Canada, pages 14259 et 14260; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 16431 à 16439).

[129] In addition to proposing these measures, Canada agreed to collaborate with Squamish and Tsleil-Waututh, and their expert, on the joint diluted bitumen study referred to above.

[130] Squamish submits that these proposed measures were unilaterally developed by Canada, without any effort by Canada to collaborate with Squamish in developing them so as to address Squamish's concerns. Squamish states that it provided feedback to Canada on their inadequacies, including that they were unresponsive to Squamish's concerns, deferred the gathering of essential information until after Project approval, could not at this time be considered accommodation because they do not minimize or avoid effects to Squamish's rights, and provide only for the collection of baseline information (memorandum of Squamish, paragraphs 121–122). Squamish further argues that other initiatives—it cites the QVI as an example—“are at the early stages and remain untested and unproven as to whether they will actually mitigate impacts” (memorandum of Squamish, paragraph 123).

[131] However, as Canada points out, Squamish expressed the view during the renewed consultation process that “[u]nderstanding the current cumulative impact loads to Burrard Inlet and the Salish Sea and how the Project will add to those existing impacts, is critical to understanding the impacts of the Project to the Nation and to developing mitigation measures” (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, page 14476). Squamish also raised, among other things, the potential impact of the Project on Squamish's current restoration efforts in its territory (Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, page 14580). Canada provided information on how mitigation measures already in place could address this issue. Canada also proposed in response to these and other issues raised by Squamish the use and tailoring of the eight proposed accommodation measures to address Squamish's specific concerns. For example, it identified the QVI as responsive to Squamish's specific

[129] En plus de proposer ces mesures, le Canada a accepté de collaborer avec les Squamish, les Tsleil-Waututh et leur expert, sur l'étude conjointe sur le bitume dilué susmentionnée.

[130] Les Squamish soutiennent que le Canada a élaboré unilatéralement ces mesures proposées sans chercher à obtenir la collaboration des Squamish de façon à permettre que ces mesures répondent à leurs préoccupations. Les Squamish affirment qu'ils ont fourni des commentaires au Canada au sujet de leur caractère inadéquat, y compris le fait qu'elles ne répondaient pas aux préoccupations des Squamish, qu'elles avaient pour effet de reporter la collecte de renseignements essentiels jusqu'après l'approbation du projet, qu'elles ne pouvaient pas, à ce moment, être considérées comme des accommodements parce qu'elles ne réduisent ou n'éliminent pas les incidences sur les droits des Squamish, et qu'elles ne portent que sur la collecte de données de base (mémoire des Squamish, paragraphes 121 et 122). Les Squamish ont en outre fait valoir que d'autres initiatives — ils citent l'Initiative pour des navires silencieux comme exemple — [TRADUCTION] « n'en sont seulement qu'à un stade préliminaire, n'ont pas été mises à l'essai et n'ont pas fait leur preuve en termes d'atténuation des effets du projet » (mémoire des Squamish, paragraphe 123).

[131] Cependant, comme le fait valoir le Canada, les Squamish ont, au cours du nouveau processus de consultations, exprimé le point de vue que [TRADUCTION] « [c]omprendre les charges de répercussions cumulatives actuelles dans la baie Burrard et dans la mer de Salish et comment le projet intensifiera ces répercussions est indispensable en vue de comprendre les répercussions du projet sur la Nation et d'établir des mesures d'atténuation » (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 14476). Les Squamish ont également soulevé, entre autres choses, la répercussion possible du projet sur leurs travaux de restauration en cours sur leur territoire (pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, page 14580). Le Canada a fourni de l'information indiquant comment les mesures d'atténuation déjà en place pourraient régler ce problème. Le Canada a également proposé le recours aux huit mesures d'accommodement

concern about vessel noise and its impacts on killer whales (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 58(a), 70, 75, 80–81, Canada record, pages 14252, 14257–14260, 14262–14265; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14543–14544, 14674–14675, 14684–14685, 14720–14721, 15075–15078, 15156–15167, 15250–15251, 16431–16439).

[132] In further response to Squamish’s concerns about Project impacts on killer whales, Canada provided to Squamish details about the initiatives and programs implemented since the first NEB hearing to support the recovery of the species. It explained that in 2016 Canada had launched what it described as the \$1.5 billion national Oceans Protection Plan (OPP), a primary component of which is to protect at-risk whale species. As part of this initiative, Canada committed that there would be no net noise increase from vessel traffic associated with the Project. In May 2018, having concluded that killer whales are facing imminent threats to their survival and recovery, Canada initiated the Whales Initiative, which involves among other things emergency measures specifically to protect the species. These include initiatives to increase the amount of prey available to killer whales, reduce vessel noise, and reduce contaminants (Labonté affidavit, paragraphs 120–121, Canada record, page 00035; CCAR, book of major documents, pages 0237–0246; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14674–14675, 14695–14704, 15108–15111, 15164).

[133] While in *TWN 2018* (paragraphs 471, 661, 667), the Court described the OPP and a related initiative as “laudable”, but “inchoate”, and stated that the record before it “[did] not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns”, the record in these proceedings is different. As Canada submits

proposées, en les adaptant si nécessaire, pour répondre aux préoccupations précises des Squamish. Par exemple, il a identifié l’Initiative pour des navires silencieux comme une réponse aux préoccupations précises des Squamish au sujet du bruit des navires et de sa répercussion sur les épaulards (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 58(a), 70, 75, 80 et 81, recueil du Canada, pages 14252, 14257 à 14260 et 14262 à 14265; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14543, 14544, 14674, 14675, 14684, 14685, 14720, 14721, 15075 à 15078, 15156, 15167, 15250, 15251 et 16431 à 16439).

[132] Comme réponse additionnelle aux préoccupations des Squamish au sujet des répercussions du projet sur les épaulards, le Canada a fourni aux Squamish des détails à propos des initiatives et des programmes mis en œuvre depuis la première audience de l’Office pour favoriser le rétablissement de l’espèce. Le Canada a expliqué qu’en 2016 il avait lancé le Plan de protection des océans, dont le financement s’élève à 1,5 milliard de dollars et dont le principal élément consiste à protéger les espèces de baleines en péril. Dans le cadre de cette initiative, le Canada s’est engagé à ce que le trafic maritime associé au projet n’augmente pas le niveau net de bruit. Au mois de mai 2018, après avoir conclu que la survie et le rétablissement des épaulards étaient menacés, le Canada a lancé l’Initiative de protection des baleines, qui prévoyait, entre autres, des mesures d’urgence visant spécifiquement la protection des espèces. Ces mesures comprennent des initiatives visant à améliorer la disponibilité des proies pour les épaulards, à réduire le bruit des navires et à réduire les contaminants (affidavit de Jeff Labonté, paragraphes 120 et 121, recueil du Canada, page 00035; RCAC, recueil des principaux documents, pages 0237 à 0246; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14674, 14675, 14695 à 14704, 15108 à 15111 et 15164).

[133] Alors que, dans l’arrêt *TWN 2018* (paragraphes 471, 661 et 667), la Cour a décrit le Plan de protection des océans et une initiative connexe comme étant « louables », mais « naissantes » et a affirmé que le dossier dont elle était saisie « ne [permettait] pas de décider si ces initiatives [avaient] évolué de telle sorte qu’elles pouvaient répondre véritablement aux préoccupations

(memorandum of Canada, paragraph 49), the record shows that these initiatives have undergone significant development and implementation. Canada's evidence filed in the NEB reconsideration hearing outlined how the OPP, the Whales Initiative, and other federal initiatives addressed Indigenous communities' concerns relating to marine transportation (Labonté affidavit, paragraph 18, Canada record, page 00007). It was reasonable for the Governor in Council to consider Canada's evidence before the NEB in determining that Canada had proposed responsive accommodation measures.

[134] To the extent that Squamish is suggesting that some of the measures proposed by Canada do not qualify as accommodation measures because they provide at this stage largely for the collection of information, including baseline information, and do not themselves mitigate adverse impacts, this proposition does not reflect the law (see *Taku River*, paragraphs 43–44, recognizing “directions ... to develop baseline information” as an appropriate accommodation measure). To the extent that Squamish submits that it must be demonstrated that proposed accommodation measures will necessarily succeed in mitigating impacts, this too is not a tenable proposition (see *Ktunaxa Nation*, paragraph 79).

[135] In our view, Canada has addressed the shortcoming in relation to accommodation measures addressing Squamish's concerns that this Court identified in *TWN 2018*. The proposed accommodation measures that Canada put forward in the renewed consultation process cannot be dismissed as not meaningful or tangible. The Governor in Council specifically considered the proposed accommodation measures in coming to its decision on Project approval (Explanatory Note, pages 48–49). In our view it acted reasonably in doing so.

réelles », le dossier dans la présente instance est différent. Comme le fait valoir le Canada (mémoire du Canada, paragraphe 49), il ressort du dossier que ces initiatives ont connu d'importants changements et mises en œuvre. Le Canada a décrit, dans les éléments de preuve soumis lors de l'audience de réexamen de l'Office, comment le Plan de protection des océans, l'Initiative de protection des baleines, et d'autres initiatives fédérales, ont répondu aux préoccupations des communautés autochtones en ce qui concerne le trafic maritime (affidavit de Jeff Labonté, paragraphe 18, recueil du Canada, page 00007). Il était raisonnable pour le gouverneur en conseil d'examiner les éléments de preuve présentés devant l'Office en vue de décider si le Canada avait proposé des mesures d'accommodement appropriées.

[134] La suggestion des Squamish que certaines des mesures proposées par le Canada ne constituent pas des mesures d'accommodement parce qu'à ce stade-ci elles sont axées principalement sur la collecte de renseignements, notamment de données de base, et n'atténuent pas elles-mêmes les répercussions négatives, ne reflète pas le droit en vigueur (voir l'arrêt *Taku River*, paragraphes 43 et 44, qui reconnaît que le fait « qu'il soit ordonné [...] d'établir des données de base » constitue une mesure d'accommodement appropriée). Dans la mesure où les Squamish font valoir qu'il faut prouver qu'une mesure d'accommodement proposée réussira nécessairement à atténuer les répercussions, il s'agit ici également d'une position insoutenable (voir l'arrêt *Ktunaxa Nation*, paragraphe 79).

[135] À notre avis, le Canada a adopté des mesures pour combler la lacune liée aux mesures d'accommodement répondant aux préoccupations des Squamish que la Cour a identifiées dans l'arrêt *TWN 2018*. Les mesures d'accommodement que le Canada a proposées dans le cadre du nouveau processus de consultations ne peuvent pas être rejetées au motif qu'elles ne sont pas significatives ou concrètes. Le gouverneur en conseil a spécifiquement tenu compte des mesures d'accommodement proposées lorsqu'il a rendu sa décision sur l'approbation du projet (note explicative, pages 48 et 49). À notre avis, il a agi ainsi de façon raisonnable.

## (2) Canada did not withhold necessary information

[136] Squamish submits that Canada also breached its duty to consult by withholding or delaying production of what it describes as “highly relevant information” (memorandum of Squamish, paragraph 55(a)). (Tsleil-Waututh makes a similar assertion; see the discussion at paragraphs 190 and 191 below.) The focus of Squamish’s submission is on documents that it describes as “reviews” by Canada’s internal experts of expert reports filed with the NEB by Squamish, Tsleil-Waututh, and others. These expert reports addressed the fate and behaviour of diluted bitumen in the event of a spill, as well as spill response capabilities. The documents were disclosed to Squamish for the first time on June 10, 2019, after the consultation period ended. They were disclosed to Tsleil-Waututh ten days earlier, on May 31, 2019.

[137] As noted above, Squamish describes these documents as “reviews” of its expert reports. It asserts that someone at Environment and Climate Change Canada (ECCC) appears to have made changes in the original “reviews”—changes that, according to Squamish, included, among other things, deletion of language that was supportive of Squamish’s experts’ opinions, and insertion of language supportive of Canada’s view that the Governor in Council could render a decision on the Project based on the current state of scientific knowledge. Canada’s evidence is that the documents are “internal summaries”, created by scientists within ECCC to inform Canada’s consultation discussions and that their contents are consistent with the positions communicated by Canada during the re-initiated consultations.

[138] Squamish contests this. It also raises the spectre that alterations to the documents were made without

## 2) Le Canada n’a pas retenu des renseignements indispensables

[136] Les Squamish soutiennent que le Canada a également manqué à son obligation de consulter en retenant des [TRADUCTION] « renseignements très pertinents » ou en retardant la production de ceux-ci (mémoire des Squamish, paragraphe 55(a)). (Les Tsleil-Waututh font une affirmation similaire, voir la discussion aux paragraphes 190 et 191 des présents motifs.) Les observations des Squamish portent principalement sur les documents qu’ils décrivent comme étant des « examens scientifiques » formulés par les experts à l’interne du Canada au sujet des rapports d’experts déposés par les Squamish, les Tsleil-Waututh et d’autres auprès de l’Office. Ces rapports d’experts portaient sur le devenir et le comportement du bitume dilué en cas de déversement, et sur les capacités d’intervention en cas de déversement. Les documents ont été divulgués aux Squamish pour la première fois le 10 juin 2019, après la période de consultations. Ils ont été divulgués aux Tsleil-Waututh dix jours plus tôt, le 31 mai 2019.

[137] Comme indiqué ci-dessus, les Squamish ont décrit ces documents comme des « examens scientifiques » de ses rapports d’experts. Ils affirment qu’une personne à Environnement et Changement climatique Canada semble avoir apporté des changements aux « examens scientifiques » originaux, des changements qui, de l’avis des Squamish, comprennent, entre autres choses, la suppression de propos qui appuient les opinions des experts des Squamish et l’insertion de propos qui appuient l’opinion du Canada que le gouverneur en conseil pourrait rendre une décision sur le projet en s’appuyant sur l’état actuel des connaissances scientifiques. Le Canada fait valoir que les documents sont des [TRADUCTION] « rapports sommaires internes » préparés par des scientifiques au sein d’Environnement et Changement climatique Canada comme outils d’information devant être utilisés par le Canada dans le cadre des discussions sur les consultations et que leur contenu est conforme aux positions défendues par le Canada lors des consultations qui ont été lancées de nouveau.

[138] Les Squamish contestent cette affirmation. Ils soulèvent aussi la possibilité que les modifications aient

their authors' knowledge or consent. It suggests that the withholding of and alterations to the documents "raise serious questions about whether Canada has been forthright in advancing its responses to Squamish concerns", and "a serious question about the honour of the Crown" (memorandum of Squamish, paragraphs 69–70).

[139] Despite these serious allegations, Squamish has put forward no evidence that changes to the documents were made without their authors' knowledge, and no evidence of misconduct by Canada. Nor has Squamish explained why, if Canada was intent on withholding information, it would have provided the documents earlier to Tsleil-Waututh, when Squamish and Tsleil-Waututh were so clearly aligned on the diluted bitumen and spill response issues.

[140] Canada provided the "reviews" to Squamish and Tsleil-Waututh upon request and provided an explanation for the changes which they incorporate. Squamish is entitled to its doubts about Canada's explanation, but in the absence of some evidence that Canada's explanation is false, Squamish is not entitled to ask this Court to conclude that Canada's conduct was inconsistent with the honour of the Crown.

[141] Squamish also submits that Canada breached the duty to consult by making only late disclosure to Squamish of three further documents or categories of information—an updated draft CCAR, Canada's reassessment of impacts on Squamish, and Canada's reassessment of Squamish's strength of claim.

[142] Canada provided Squamish with a draft of its CCAR annex on April 24, 2019. It invited Squamish to provide comments by May 29, a deadline that was extended to May 31. Squamish took up this opportunity. It was also invited to provide to the Governor in Council its independent submissions on the draft CCAR annex within a deadline that was extended to June 6. It also

été apportées aux documents à l'insu et sans le consentement de leurs auteurs. Ils laissent entendre que la non-divulgaration et la modification de documents [TRADUCTION] « soulèvent des questions sérieuses au sujet de la détermination du Canada à répondre en toute franchise aux préoccupations des Squamish », et [TRADUCTION] « une question sérieuse au sujet de l'honneur de la Couronne » (mémoire des Squamish, paragraphes 69 et 70).

[139] Malgré ces très graves allégations, les Squamish n'ont présenté aucun élément de preuve qui étaye l'allégation que des changements ont été apportés aux documents à l'insu de leurs auteurs et aucune preuve d'une inconduite de la part du Canada. Les Squamish n'ont pas non plus pu expliquer pourquoi, si le Canada était décidé à ne pas leur divulguer de renseignements, le Canada avait précédemment divulgué les documents aux Tsleil-Waututh, alors que les Squamish et les Tsleil-Waututh étaient clairement alignés sur la question du bitume dilué et de l'intervention en cas de déversement.

[140] Le Canada a fourni sur demande aux Squamish et aux Tsleil-Waututh les « examens scientifiques » et il a fourni une explication au sujet des changements qu'il y a apportés. Les Squamish ont le droit de douter de l'explication du Canada, mais faute de preuve que l'explication du Canada est fautive, ils ne sont pas fondés à demander à la Cour de conclure que le comportement du Canada est incompatible avec l'honneur de la Couronne.

[141] Les Squamish font également valoir que le Canada a manqué à son obligation de consulter en divulguant de façon tardive aux Squamish trois documents ou types d'information supplémentaires, une mise à jour d'une ébauche du RCAC, la nouvelle évaluation du Canada des répercussions sur les Squamish et la nouvelle évaluation de la solidité de la revendication des Squamish.

[142] Le 24 avril 2019, le Canada a fourni aux Squamish une ébauche de son annexe du RCAC. Il a invité les Squamish à faire part de leurs commentaires avant le 29 mai, et l'échéance a été reportée au 31 mai. Les Squamish ont saisi cette occasion. Ils ont également été invités à fournir leurs observations indépendantes sur l'ébauche de l'annexe du RCAC et l'échéance qui avait

took up this opportunity, and its independent submissions were included in the material provided to the Governor in Council (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 56, 79, 83, 88, 93, Canada record, pages 14251–14252, 14261, 14265, 14267–14268; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14613, 15150–15151, 15190–15196, 15278–15279, 16320–16323).

[143] Squamish complains that Canada provided Squamish with only one draft of the CCAR for comment, and that this draft was provided relatively early in the process. The result, it submits, was that Squamish did not have an opportunity to comment on the much-enlarged further draft prepared later, which reflected the content of the issue-specific meetings that took place following the preparation of the initial draft. Squamish describes the CCAR as “a key document for the [Governor in Council] decision”, and states that although it filed its own independent submission, it was unable to respond in that submission to Canada’s updated position (memorandum of Squamish, paragraphs 76–77).

[144] We agree that it would have been desirable for Squamish to have had an opportunity to comment on a revised and updated draft of the CCAR. But Squamish itself was a contributor to the delay: it took from the end of January 2019 until late March for Squamish to confirm its availability for a consultation meeting ultimately held in early April (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 24–39, Canada record, pages 14242–14245). How the timing of the draft CCAR would have turned out but for this delay can only be speculative. As noted above, perfection in the consultation process is neither required nor realistic. Given the opportunity available to and exercised by Squamish to express independently to the Governor in Council its views on the consultation and accommodation process, we do not see the lack of an opportunity to comment on the updated draft CCAR as sufficiently serious to constitute a breach of the duty to consult or render the Governor in Council’s decision unreasonable.

été établie a été reportée au 6 juin. Ils ont également saisi cette occasion et leurs observations indépendantes ont été ajoutées aux documents fournis au gouverneur en conseil (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 56, 79, 83, 88 et 93, recueil du Canada, pages 14251, 14252, 14261, 14265, 14267 et 14268; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14613, 15150, 15151, 15190 à 15196, 15278, 15279 et 16320 à 16323).

[143] Les Squamish se plaignent du fait que le Canada ne leur a fourni qu’une seule ébauche du RCAC pour commentaires et que cette ébauche leur a été fournie assez tôt dans le processus. Les Squamish font valoir qu’en conséquence ils n’ont pas eu l’occasion de fournir des commentaires sur l’ébauche postérieure bien plus volumineuse qui tenait compte des réunions portant sur des questions précises qui ont été tenues après la rédaction de la première ébauche. Les Squamish ont qualifié le RCAC de [TRADUCTION] « document essentiel au processus décisionnel du gouverneur en conseil », et ils ont déclaré que, bien qu’ils aient déposé leurs propres observations indépendantes, ils n’ont pas eu la possibilité de fournir une réponse à la position mise à jour subséquente du Canada (mémoire des Squamish, paragraphes 76 et 77).

[144] Nous convenons qu’il aurait été souhaitable que les Squamish aient eu la possibilité de fournir des commentaires sur l’ébauche révisée et mise à jour du RCAC. Toutefois, les Squamish sont en partie responsables de la production tardive du rapport : ainsi, les Squamish ont pris de la fin janvier à la fin mars 2019 avant de confirmer leur disponibilité à une réunion de consultation qui a finalement eu lieu au début du mois d’avril (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 24 à 39, recueil du Canada, pages 14242 à 14245). Nous ne pouvons que spéculer sur l’incidence qu’a eue ce retard sur la date de production de l’ébauche du RCAC. Comme nous l’avons déjà fait remarquer, la perfection dans le cadre du processus de consultations n’est ni obligatoire ni réaliste. Compte tenu de la possibilité donnée aux Squamish et saisie par eux de s’exprimer à titre individuel auprès du gouverneur en conseil au sujet du processus de consultations et d’accommodements, nous ne voyons pas le manque d’occasion de pouvoir fournir des commentaires sur l’ébauche mise à jour du RCAC

[145] Squamish further submits that Canada failed to communicate its revised assessment of impacts to Squamish until May 29, 2019, one week before the close of consultation, and that as a consequence Squamish had no opportunity to see or discuss with Canada the basis for the assessment. It complains that even then Canada communicated only the conclusion of its assessment—that the Project would have up to moderate impacts on Squamish—and did not provide the basis for this assessment in a revised draft of the CCAR. It points out that in *TWN 2018* (paragraphs 640, 646–647), this Court held that Canada’s failure to disclose its assessment of the Project’s impacts until two weeks before the close of consultation “contributed to the unreasonableness of the consultation process” (memorandum of Squamish, paragraphs 71–73).

[146] Squamish had also, from the first renewed consultation meeting on January 31, 2019, taken the position that Canada must reassess its strength of claim before there could be any substantive consultations (Taylor affidavit No. 2, paragraph 21, Canada record, page 14241; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14395, 14472). This was so despite Canada’s advice that regardless of the strength of claim, it was consulting with Squamish at the deep end of the consultation spectrum. Canada agreed to do so, and committed to consider information provided by Squamish relevant to its strength of claim. Squamish provided a significant volume of additional information (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 31, 52, Canada record, pages 14243, 14250–14251; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14485–14488, 14604–14605).

comme étant suffisamment grave pour constituer un manquement à l’obligation de consulter ou pour rendre la décision du gouverneur en conseil déraisonnable.

[145] Les Squamish soutiennent en outre que le Canada a tardé à leur communiquer son évaluation révisée des répercussions jusqu’au 29 mai 2019, soit une semaine avant la fin des consultations, et qu’ainsi les Squamish n’ont pas eu la possibilité de rencontrer des représentants pour discuter du fondement de l’évaluation. Et encore, ils déplorent que le Canada ne leur ait transmis que les conclusions de l’évaluation, voulant que le projet n’ait qu’une répercussion tout au plus modérée sur les Squamish, et qu’il ne leur ait pas fourni le fondement de cette évaluation dans une ébauche révisée du RCAC. Ils ont signalé que, dans l’arrêt *TWN 2018* (paragraphes 640, 646 et 647) la Cour a statué que le retard que le Canada a accusé à divulguer son évaluation des répercussions du projet, soit jusqu’à deux semaines avant la clôture des consultations, a [TRADUCTION] « contribué à rendre le processus de consultations déraisonnable » (mémoire des Squamish, paragraphes 71 à 73).

[146] Les Squamish avaient depuis la première réunion des nouvelles consultations tenue le 31 janvier 2019 également estimé que le Canada devait réévaluer la solidité de leurs revendications avant que des consultations concrètes puissent avoir lieu (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 21, recueil du Canada, page 14241; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14395 et 14472). Il en était ainsi malgré l’avis du Canada que, nonobstant la solidité de leurs revendications, il consultait les Squamish à l’extrémité supérieure du continuum des consultations. Le Canada en a convenu et s’est engagé à examiner les renseignements fournis par les Squamish qui étaient pertinents à la solidité de leurs revendications. Les Squamish ont fourni un volume important de renseignements supplémentaires (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 31 et 52, recueil du Canada, pages 14243, 14250 et 14251; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 14485 à 14488, 14604 et 14605).

[147] On May 15, 2019, Canada sent Squamish a draft reassessed strength of claim, based on a variety of documentary and other sources, including documents and oral traditional evidence submitted by Squamish to the NEB, documents provided by Squamish to Canada, and further documents collected by Canada. The draft concluded that the strength of Squamish's claims varied depending on the particular portion of Squamish's traditional territory concerned and its intersection with the Project. Canada invited Squamish's comments on the draft reassessed strength of claim, and the draft and the basis for its conclusions were subjects discussed at three consultation meetings held on May 16, 2019, May 23, 2019, and May 30, 2019 (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 69–70, 75(a), 81(f), Canada record, page 14257–14259, 14265; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14905–14913, 15131–15132, 15247–15251, 16431–16433, 16445). Squamish asked that Canada reconsider certain of its conclusions and add further detail where claims were strong. Canada declined to do so on the basis that the assessment was intended to be a high-level assessment, not a detailed analysis of every site throughout each Nation's territory (Taylor affidavit No. 2, paragraphs 75(a), 77, Canada record, pages 14259, 14261; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 15132, 16432–16433).

[148] Canada reiterated that it was consulting with Squamish at the deep end of the consultation spectrum, regardless of the outcome of the strength of claim assessment. It ultimately provided Squamish with a revised strength of claim assessment on May 15, 2019 (Taylor affidavit No. 2, paragraph 69, Canada record, 14257; Exhibit A to the Taylor affidavit No. 2, Canada record, pages 14905, 14909–14912). In Squamish's independent submission to the Governor in Council on the draft CCAR, it addressed among other things the significance of the Project to Squamish and its potential impacts on Squamish and its rights and interests (Exhibit WWW to the Lewis affidavit, Squamish record, pages 1703–1774).

[147] Le 15 mai 2019, le Canada a envoyé aux Squamish une ébauche de nouvelle évaluation de la solidité de leurs revendications fondées sur une variété de sources, notamment documentaires, comprenant des documents et des éléments de preuve qui reposent sur les traditions orales, soumis par les Squamish à l'Office, des documents fournis par les Squamish au Canada et d'autres documents recueillis par le Canada. Selon les conclusions de l'ébauche, la solidité des revendications des Squamish variait selon les parties du territoire traditionnel des Squamish et leur intersection avec le tracé du projet. Le Canada a invité les Squamish à fournir des commentaires sur l'ébauche de la nouvelle évaluation de la solidité des revendications et l'ébauche, ainsi que le fondement de ses conclusions, ont fait l'objet de discussions lors de trois réunions de consultation qui ont eu lieu les 16, 23 et 30 mai 2019 (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphes 69 et 70 et sous-paragraphes 75(a) et 81(f), recueil du Canada, pages 14257 à 14259 et 14265; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14905 à 14913, 15131, 15132, 15247 à 15251, 16431 à 16433 et 16445). Les Squamish ont demandé au Canada de réexaminer certaines de ses conclusions et d'ajouter des détails dans le cas des revendications particulièrement solides. Le Canada a refusé d'obtempérer au motif que l'évaluation se voulait une évaluation de haut niveau et non une analyse détaillée de tous les emplacements à travers le territoire de toutes les Nations (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, sous paragraphe 75(a) et paragraphe 77, recueil du Canada, pages 14259 et 14261; pièce A jointe au deuxième affidavit de Mitchell Taylor, recueil du Canada, pages 15132, 16432 et 16433).

[148] Le Canada a répété qu'il a consulté les Squamish d'une manière se situant à l'extrémité supérieure du continuum applicable en la matière, indépendamment de l'issue de l'évaluation sur la solidité de leurs revendications. Au bout du compte, il a fourni aux Squamish une évaluation révisée sur la solidité de leurs revendications le 15 mai 2019 (deuxième affidavit de Mitchell Taylor, paragraphe 69, dossier du Canada, page 14257; pièce A du deuxième affidavit de Mitchell Taylor, dossier du Canada, pages 14905 et 14909 à 14912). Les observations indépendantes que les Squamish ont présentées au gouverneur en conseil sur l'ébauche du RCAC portaient notamment sur l'importance du projet pour les Squamish

[149] Having considered what the record discloses, we do not accept Squamish’s submission that it had no opportunity to discuss the assessment of impacts of the Project on Squamish. In our view, Squamish had and exercised that opportunity. Squamish’s submission is accordingly not a basis on which we can conclude that the Governor in Council acted unreasonably.

(3) The bias allegation is not properly before this Court

[150] Finally, Squamish submits that Canada “rushed” the consultation process toward a “pre-determined outcome”—“that the Project would be built as proposed, regardless of what Canada, as the new owner of the Project, might learn in the NEB or consultation process” (memorandum of Squamish, paragraph 55(d)). This amounts to an assertion of bias or conflict of interest.

[151] As set out above, in our view, the Leave Order bars Squamish from advancing this ground for its application. This Court concluded on the motions for leave that this ground was not “fairly arguable” and could not therefore meet the test for granting leave (*Raincoast No. 1*, paragraphs 31–36). It is accordingly not properly before us, and there is no need to consider it any further than we already have (see paragraph 23 above).

C. *Tsleil-Waututh*

[152] In *TWN 2018*, this Court concluded that the Crown’s initial consultation with Tsleil-Waututh was inadequate. Tsleil-Waututh’s main concern was marine shipping. The Court characterized Canada’s response to this concern as “generic and vague”, and as devoid of

et ses incidences potentielles sur eux et leurs droits et intérêts (pièce WWW de l’affidavit de Christopher Lewis, dossier des Squamish, pages 1703 à 1774).

[149] Après examen du dossier, nous ne souscrivons pas à l’observation des Squamish selon laquelle ils n’ont pas eu la possibilité de discuter de l’évaluation des incidences que le projet aurait sur eux. À notre avis, les Squamish ont eu cette possibilité et ils l’ont mise à profit. L’observation des Squamish n’est par conséquent pas un fondement nous permettant de conclure que le gouverneur en conseil a agi déraisonnablement.

3) La Cour n’est pas dûment saisie de l’allégation de partialité

[150] Enfin, les Squamish soutiennent que le Canada a finalisé le processus de consultations « à la hâte » pour qu’il débouche sur « un résultat prédéterminé », c’est-à-dire [TRADUCTION] « que le projet soit construit comme le plan le prévoyait, sans égard à ce que le Canada, le nouveau propriétaire du projet, apprendrait au cours de l’audience devant l’Office ou du processus de consultation » (mémoire des Squamish, paragraphe 55(d)). En d’autres mots, ils soutiennent qu’il y a partialité ou conflit d’intérêts.

[151] Comme nous l’avons dit plus haut, à notre avis, l’ordonnance d’autorisation interdit aux Squamish de faire valoir cet argument à l’appui de leur demande. Notre Cour, lorsqu’elle s’est prononcée sur les demandes d’autorisation de contrôle judiciaire, a conclu qu’il n’était pas « raisonnablement défendable » et ne pouvait donc satisfaire au critère applicable à l’autorisation (*Raincoast n° 1*, paragraphes 31 à 36). Il s’ensuit que notre Cour n’est pas saisie de cette question et qu’il n’est pas nécessaire qu’elle l’examine davantage qu’elle ne l’a déjà fait (voir le paragraphe 23 des présents motifs).

C. *Les Tsleil-Waututh*

[152] Dans l’arrêt *TWN 2018*, notre Cour a conclu que les consultations initiales de la Couronne avec les Tsleil-Waututh étaient insatisfaisantes. Les principales préoccupations des Tsleil-Waututh concernaient le transport maritime. Notre Cour a jugé la réponse du Canada à

“concrete measures” (*TWN 2018*, paragraph 653). More specifically, it identified as shortcomings Canada’s failure to consult with Tsleil-Waututh or accommodate its concerns respecting: (1) the NEB’s exclusion of Project-related marine shipping from the Project definition; (2) the inadequacy of the conditions imposed by the NEB to address Tsleil-Waututh’s concerns about marine shipping; (3) the likelihood of oil spills in Burrard Inlet; (4) spill response capabilities; (5) the ability to recover spilled oil; and (6) marine shipping impacts on Tsleil-Waututh’s title, rights, and interests (*TWN 2018*, paragraphs 649–650).

[153] In support of its current application for judicial review, Tsleil-Waututh submits that in the re-initiated consultation process, Canada failed to address these shortcomings and again breached its duty to consult. Tsleil-Waututh submits Canada made “consultative errors” in relation to Tsleil-Waututh’s concerns respecting: (1) the likelihood of oil spills; (2) the ability to recover spilled oil; (3) the fate and behaviour of diluted bitumen; (4) impacts on Tsleil-Waututh’s cultural relationship with killer whales; (5) impacts on Tsleil-Waututh’s sacred tunnels; and (6) the need for the Project (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 34–61, 70–89).

[154] Tsleil-Waututh further submits Canada took an incorrect and unreasonable approach to accommodation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 90–107). It also alleges that Canada suppressed and altered its reviews of Tsleil-Waututh’s expert reports (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 31–33, 62–69). It argues that Canada did not approach the re-initiated consultation with an open mind, and that the mandate of Canada’s officials was unreasonably constrained so as to frustrate genuine consultation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 108–116).

cette préoccupation « générale et vague » et dépourvue de « mesures concrètes » (*TWN 2018*, paragraphe 653). Plus précisément, elle a qualifié de manquements l’omission du Canada de consulter les Tsleil-Waututh ou de prendre des mesures d’accommodement à l’égard de leurs préoccupations concernant : 1) l’exclusion par l’Office du transport maritime associé au projet de la définition du projet; 2) le caractère inadéquat des conditions imposées par l’Office en vue de répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh au sujet du transport maritime; 3) la possibilité de déversements d’hydrocarbures dans la baie Burrard; 4) la capacité d’intervention en cas de déversement; 5) la capacité de récupérer les hydrocarbures déversés; 6) l’incidence du transport maritime sur les titres, droits et intérêts des Tsleil-Waututh (*TWN 2018*, paragraphes 649 et 650).

[153] Dans leurs observations à l’appui de leur demande de contrôle judiciaire, les Tsleil-Waututh soutiennent que, lors de la nouvelle ronde de consultations, le Canada n’a pas corrigé ces manquements et a une fois de plus failli à son obligation de consulter. Ils soutiennent que le Canada a commis des [TRADUCTION] « erreurs de consultation » à l’égard de leurs préoccupations concernant : 1) la possibilité de déversements d’hydrocarbures; 2) la capacité de récupérer les hydrocarbures déversés; 3) le devenir et le comportement du bitume dilué; 4) les répercussions sur la relation culturelle des Tsleil-Waututh avec les épaulards; 5) les répercussions sur les tunnels sacrés des Tsleil-Waututh; 6) la nécessité du projet (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 34 à 61 et 70 à 89).

[154] Les Tsleil-Waututh soutiennent en outre que le Canada a envisagé d’une façon erronée et déraisonnable les mesures d’accommodement (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 90 à 107). Ils font aussi valoir que le Canada a supprimé et modifié ses examens des rapports d’experts des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 31 à 33 et 62 à 69). Ils affirment que le Canada n’a pas abordé les nouvelles consultations dans un esprit d’ouverture et que le mandat des représentants du Canada a été déraisonnablement limité en vue d’empêcher la tenue de véritables consultations (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 108 à 116).

[155] We do not accept these submissions. First, three of Tsleil-Waututh’s arguments are barred by the Leave Order. Tsleil-Waututh’s claim that Canada failed to consult about and accommodate impacts on Tsleil-Waututh’s sacred tunnels is a new impact raised for the first time in the re-initiated consultations and one that Tsleil-Waututh could have raised in *TWN 2018 (Raincoast No. 1, paragraph 25)*. The Leave Order also expressly bars both consideration of the need for the Project because this issue was raised and decided in *TWN 2018 (Raincoast No. 1, paragraph 40)* and the claim that Canada failed to consult with an open mind because, among other things, “public statements on the part of certain federal politicians ... do not trigger disqualifying bias” (*Raincoast No. 1, paragraph 36* and authorities cited therein).

[156] Therefore, these issues are not properly before the Court in this application.

[157] Accordingly, we limit our analysis to examining Tsleil-Waututh’s contentions that: (1) Canada made “consultative errors” in relation to Tsleil-Waututh’s concerns about Project-related marine shipping impacts; (2) Canada took an incorrect and unreasonable approach to accommodation; (3) Canada withheld necessary information until the end of the consultation process; and (4) Canada’s mandate was unreasonably constrained.

[158] As the following analysis shows, the record does not support Tsleil-Waututh’s characterization of the re-initiated consultation process. Rather, the record demonstrates that Canada adequately consulted Tsleil-Waututh in relation to its concerns about Project-related marine shipping impacts and reasonably approached accommodation. As set out above in relation to the similar assertion by Squamish, there is also no evidence to suggest that Canada withheld necessary information from Tsleil-Waututh. Nor does the record support the

[155] Nous ne souscrivons pas à ces observations. D’abord, l’ordonnance d’autorisation empêche les Tsleil-Waututh de faire valoir trois de ces arguments. En ce qui concerne l’observation des Tsleil-Waututh selon laquelle le Canada ne les aurait pas consultés et n’aurait pas pris de mesures d’accommodement à l’égard des répercussions du projet sur leurs tunnels sacrés, il s’agit d’une nouvelle répercussion, qui a été invoquée pour la première fois lors de la nouvelle ronde de consultations, alors que les Tsleil-Waututh auraient pu soulever la question dans l’arrêt *TWN 2018 (Raincoast n° 1, paragraphe 25)*. De plus, l’ordonnance d’autorisation interdit expressément que soient examinées tant la question de la nécessité du projet, parce que cette question a été soulevée et tranchée dans l’arrêt *TWN 2018 (Raincoast n° 1, paragraphe 40)*, que l’allégation selon laquelle le Canada n’aurait pas abordé les consultations dans un esprit d’ouverture, parce que, notamment, « des déclarations publiques [...] par des politiciens fédéraux [...] ne révèlent pas une partialité fatale » (*Raincoast n° 1, paragraphe 36*, et la jurisprudence qui y est citée).

[156] Par conséquent, notre Cour n’est pas dûment saisie de ces questions en l’espèce.

[157] Il s’ensuit que notre analyse des observations des Tsleil-Waututh se limitera aux assertions suivantes : 1) le Canada a commis des « erreurs de consultation » à l’égard des préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet; 2) le Canada a envisagé d’une façon erronée et déraisonnable les mesures d’accommodement; 3) le Canada n’a divulgué des renseignements essentiels qu’à la fin du processus de consultation; 4) le mandat du Canada était déraisonnablement limité.

[158] Comme le montre l’analyse ci-dessous, le dossier n’étaye pas le point de vue des Tsleil-Waututh sur la nouvelle ronde de consultations. Au contraire, le dossier montre que le Canada a suffisamment consulté les Tsleil-Waututh à l’égard de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet et a envisagé de façon raisonnable les mesures d’accommodement. Comme nous l’avons affirmé plus haut au sujet d’observations semblables formulées par les Squamish, rien dans la preuve ne donne à penser que

contention that Canada's mandate was inappropriately constrained. While the record does show that Tsleil-Waututh's conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada's consultation efforts, Canada nonetheless succeeded in addressing the shortcomings identified in *TWN 2018*. Therefore, Tsleil-Waututh fails to show that the Governor in Council's assessment of the consultation with and accommodation of Tsleil-Waututh was unreasonable.

[159] We turn now to consider in further detail the "consultative errors" asserted by Tsleil-Waututh.

- (1) Canada adequately consulted Tsleil-Waututh in relation to its concerns about Project-related marine shipping impacts

[160] Tsleil-Waututh submits that, during the re-initiated consultation, it raised the following "specific, focused concerns, substantiated with evidence and argument": (1) oil spills from the Project are inevitable; (2) significant amounts of spilled oil cannot be cleaned up in Burrard Inlet; (3) a spill of diluted bitumen in Burrard Inlet or the Fraser River Estuary will cause catastrophic environmental effects and will have corresponding impacts on Tsleil-Waututh's title and rights; and (4) the Project will impair Tsleil-Waututh's cultural relationship with killer whales (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 16). Tsleil-Waututh maintains that Canada failed to adequately consult Tsleil-Waututh in relation to these concerns.

[161] Contrary to Tsleil-Waututh's submission, the record demonstrates that Canada engaged in meaningful dialogue with Tsleil-Waututh respecting its concerns about Project-related marine shipping impacts. While Canada disagreed with Tsleil-Waututh's experts on certain issues, disagreement is not grounds for invalidating

le Canada a omis de divulguer des renseignements essentiels aux Tsleil-Waututh. De plus, rien dans le dossier ne vient fonder l'allégation selon laquelle le mandat du Canada a été limité de façon indue. Bien que le dossier révèle que la conduite des Tsleil-Waututh durant les nouvelles consultations a nui aux efforts de consultation du Canada, il demeure que le Canada a réussi à remédier aux manquements que notre Cour avait relevés dans l'arrêt *TWN 2018*. Par conséquent, les Tsleil-Waututh n'ont pas démontré que l'évaluation qu'a faite le gouverneur en conseil des consultations avec eux et des mesures d'accommodement prises à leur endroit était déraisonnable.

[159] Nous examinerons maintenant plus en détail les « erreurs de consultation » soulevées par les Tsleil-Waututh.

- 1) Le Canada a suffisamment consulté les Tsleil-Waututh à l'égard de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet

[160] Les Tsleil-Waututh soutiennent que, pendant les nouvelles consultations, ils ont soulevé ces [TRADUCTION] « préoccupations spécifiques et précises, étayées par des éléments de preuve et des observations » : 1) le projet entraînera inévitablement des déversements d'hydrocarbures; 2) il est impossible de nettoyer de grandes quantités d'hydrocarbures déversés dans la baie Burrard; 3) un déversement de bitume dilué dans la baie Burrard ou dans l'estuaire du fleuve Fraser aurait des effets catastrophiques sur l'environnement et, conséquemment, sur les titres et droits des Tsleil-Waututh; 4) le projet portera atteinte à la relation culturelle des Tsleil-Waututh avec les épaulards (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 16). Les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada n'a pas consulté suffisamment les Tsleil-Waututh à l'égard de ces préoccupations.

[161] Contrairement à ce que soutiennent les Tsleil-Waututh, le dossier montre que le Canada a engagé avec eux un véritable dialogue au sujet de leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Bien que le Canada ne se soit pas rangé à l'avis des experts des Tsleil-Waututh sur certaines

consultation. As set out above, there is no duty to agree, and the duty to consult does not require a particular outcome. Here, the re-initiated consultation process was consistent with the honour of the Crown and led to the development of responsive accommodation measures.

[162] As noted above, Canada informed Tsleil-Waututh that it intended to rely on the NEB reconsideration hearing, to the extent possible, to fulfil its duty to consult. The NEB is recognized for its “expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects”, making it “particularly well positioned to assess the risks posed by such projects to Indigenous groups” (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48; see also *Clyde River*, paragraph 33).

[163] Tsleil-Waututh commissioned and filed with the NEB expert reports that, according to Tsleil-Waututh, support its position that oil spills from Project-related marine shipping are “essentially inevitable” (George affidavit, paragraph 131, Tsleil-Waututh record, page 77). Tsleil-Waututh also submitted to the NEB expert evidence respecting spill response capabilities and the fate and behaviour of diluted bitumen (George affidavit, paragraphs 157(c), 193(c), Tsleil-Waututh record, pages 90, 102).

[164] The NEB, however, disagreed with Tsleil-Waututh’s experts’ opinion, finding that a credible worst-case oil spill from the Project would cause adverse environmental effects, but that such a spill “is not likely” and that the risks “can be justified in the circumstances” (NEB Reconsideration Report, pages 0312, 0344, 0803–0804, 0807, 0824–0829). The NEB also ultimately disagreed with Tsleil-Waututh’s experts’ conclusions on the issues of spill response capabilities and the ability

questions, un tel désaccord ne constitue pas un motif justifiant l’invalidation des consultations. Comme nous l’avons rappelé précédemment, l’obligation de parvenir à une entente n’existe pas, et l’obligation de consulter ne commande pas que l’on en arrive à un résultat donné. En l’espèce, les nouvelles consultations se sont déroulées dans le respect du principe de l’honneur de la Couronne et ont débouché sur l’élaboration de mesures d’accommodement adaptées.

[162] Comme nous l’avons mentionné précédemment, le Canada a informé les Tsleil-Waututh qu’il avait l’intention de s’appuyer sur l’audience de réexamen de l’Office, dans la mesure du possible, pour satisfaire à son obligation de consulter. Il est reconnu que, « [v]u l’expertise [que l’Office] possède en ce qui concerne la surveillance et l’approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral », il est « particulièrement bien placé pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones » (*Chippewas of the Thames*, paragraphe 48; voir aussi *Clyde River*, au paragraphe 33).

[163] Les Tsleil-Waututh ont commandé et déposé auprès de l’Office des rapports d’experts qui, selon les Tsleil-Waututh, étayaient leur observation selon laquelle les déversements d’hydrocarbures causés par le transport maritime associé au projet sont [TRADUCTION] « quasiment inévitables » (affidavit d’Ernie George, paragraphe 131, dossier des Tsleil-Waututh, page 77). Les Tsleil-Waututh ont également présenté à l’Office des rapports d’experts sur la capacité d’intervention en cas de déversement ainsi que sur le devenir et le comportement du bitume dilué (affidavit d’Ernie George, paragraphes 157(c) et 193(c), dossier des Tsleil-Waututh, pages 90 et 102).

[164] Toutefois, l’Office n’a pas souscrit à l’avis des experts des Tsleil-Waututh. Il a conclu qu’un déversement représentant le pire scénario crédible causé par le projet aurait des effets environnementaux importants, mais qu’un tel déversement était « peu probable » et que les risques étaient « justifiés dans les circonstances » (Rapport de réexamen de l’Office, pages 0312, 0344, 0803, 0804, 0807 et 0824 à 0829). Au bout du compte, l’Office n’a pas non plus souscrit aux conclusions des

to recover spilled diluted bitumen (George affidavit, paragraphs 169–172, 213–214, Tsleil-Waututh record, pages 94–96, 109–111; NEB Reconsideration Report, pages 0492–0503, 0844–0848).

[165] Tsleil-Waututh also expressed a particular concern regarding the effects of marine shipping on killer whales and presented evidence on this issue before the NEB (George affidavit, paragraphs 285–295, Tsleil-Waututh record, pages 136–139). The NEB concluded the Project is “likely to cause significant adverse environmental effects on” killer whales (NEB Reconsideration Report, page 0671) and “imposed (through conditions) and recommended (to the [Governor in Council]) measures to avoid or lessen those effects and to monitor them” (NEB Reconsideration Report, page 0312).

[166] But Tsleil-Waututh took issue with the NEB’s conclusions and raised these issues again during the re-initiated consultations (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 34–37, 44–45, 48). On April 29, 2019, the parties and their respective experts and officials met to discuss Tsleil-Waututh’s concerns respecting the likelihood of oil spills, response capabilities, and the fate and behaviour of diluted bitumen (Tupper affidavit, paragraphs 78–84, 86, Canada record, pages 16482–16485; George affidavit, paragraphs 144–145, 147–153, 155–156, 173–191, 215–216, Tsleil-Waututh record, pages 84–89, 96–101, 112–113).

[167] The record demonstrates that the parties engaged in meaningful discussion on these issues (George affidavit, paragraphs 144–153, 155, 173–190, 215–223, Tsleil-Waututh record, pages 84–89, 96–101, 112–116). For example, according to Tsleil-Waututh’s own evidence, “[a] very technical and scientific discussion ... ensued among” the parties’ respective experts respecting the fate and behaviour of diluted bitumen, and the parties reached an agreement to conduct further research on the issue (George affidavit, paragraphs 219–220,

experts des Tsleil-Waututh sur la capacité d’intervention en cas de déversement et sur la capacité de récupérer le bitume dilué (affidavit d’Ernie George, paragraphes 169 à 172, 213 et 214, dossier des Tsleil-Waututh, pages 94 à 96 et 109 à 111; Rapport de réexamen de l’Office, pages 0492 à 0503 et 0844 à 0848).

[165] Les Tsleil-Waututh se sont également dits particulièrement préoccupés des effets du transport maritime sur les épaulards et ont produit des éléments de preuve à ce sujet auprès de l’Office (affidavit d’Ernie George, paragraphes 285 à 295, dossier des Tsleil-Waututh, pages 136 à 139). L’Office a conclu que des activités liées au projet « sont susceptibles d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants sur » les épaulards (Rapport de réexamen de l’Office, page 0671), et il « a imposé (dans les conditions) et recommandé (au gouverneur en conseil) des mesures pour les éviter ou les amoindrir, et les surveiller » (Rapport de réexamen de l’Office, page 0312).

[166] Les Tsleil-Waututh se sont toutefois inscrits en faux contre les conclusions de l’Office et ont soulevé ces questions à nouveau lors des nouvelles consultations (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 34 à 37, 44, 45 et 48). Le 29 avril 2019, les parties ainsi que leurs experts et représentants respectifs se sont rencontrés pour discuter des préoccupations des Tsleil-Waututh concernant la probabilité de déversements d’hydrocarbures, la capacité d’intervention, et le devenir et le comportement du bitume dilué (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 78 à 84 et 86, dossier du Canada, pages 16482 à 16485; affidavit d’Ernie George, paragraphes 144, 145, 147 à 153, 155, 156, 173 à 191, 215 et 216, dossier des Tsleil-Waututh, pages 84 à 89, 96 à 101, 112 et 113).

[167] Le dossier révèle que les parties ont eu un véritable dialogue sur ces questions (affidavit d’Ernie George, paragraphes 144 à 153, 155, 173 à 190 et 215 à 223, dossier des Tsleil-Waututh, pages 84 à 89, 96 à 101, 112 à 116). Par exemple, d’après les propres éléments de preuve des Tsleil-Waututh, [TRADUCTION] « une discussion très technique et scientifique [...] s’en est suivie » entre les experts respectifs des parties au sujet du devenir et du comportement du bitume dilué, et les parties en sont parvenues à une entente sur la

Tsleil-Waututh record, page 114; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18129–18134). In response to Tsleil-Waututh’s concerns about spill response, the Canadian Coast Guard outlined “collaborative projects with [Tsleil-Waututh] and other Indigenous communities, the development of the Greater Vancouver Integrated Response Plan (which was created with federal, provincial, municipal, and Indigenous participation), and \$10 million dollars invested in updating emergency response equipment” (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 18133). Canada also informed Tsleil-Waututh that, as of December 2018, there is unlimited compensation available under the Ship-Source Oil Pollution Fund in the event of a tanker spill (Tupper affidavit, paragraph 81, Canada record, 16483; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 18133).

[168] At the April 16, 2019, consultation meeting, the parties discussed potential Project impacts on killer whales (Tupper affidavit, paragraphs 61–64, Canada record, pages 16477–16478; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17266–17271; George affidavit, paragraphs 322–336, Tsleil-Waututh record, pages 148–152). In response to Tsleil-Waututh’s “desire to develop noise thresholds”, Transport Canada expressed its interest in developing a policy on underwater noise management plans, and outlined the QVI, which “will examine how quieter tankers can be made” (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17268–17269). Canada and Tsleil-Waututh ultimately agreed to conduct further joint studies relating to impacts on killer whales (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 17267; George affidavit, paragraph 335, Tsleil-Waututh record, page 152).

conduite de futurs travaux de recherche sur la question (affidavit d’Ernie George, paragraphes 219 et 220, dossier des Tsleil-Waututh, page 114; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18129 à 18134). En réponse aux préoccupations des Tsleil-Waututh sur la capacité d’intervention en cas de déversement, la Garde côtière canadienne a prévu [TRADUCTION] « des projets de collaboration avec [les Tsleil-Waututh] et d’autres communautés autochtones, le plan d’intervention intégré du Grand Vancouver (qui a été créé avec la participation du gouvernement fédéral, de la province, de la ville et des Autochtones) et un investissement de dix millions de dollars dans la modernisation de l’équipement d’intervention d’urgence » (pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18133). Le Canada a également informé les Tsleil-Waututh que, depuis décembre 2018, il n’y a plus de plafond aux indemnités offertes par la Caisse d’indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires en cas de déversement causé par un navire-citerne (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 81, dossier du Canada, page 16483; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18133).

[168] Lors de la réunion de consultation du 16 avril 2019, les parties ont discuté des effets potentiels du projet sur les épaulards (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 61 à 64, dossier du Canada, pages 16477 et 16478; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17266 à 17271; affidavit d’Ernie George, paragraphes 322 à 336, dossier des Tsleil-Waututh, pages 148 à 152). En réponse au [TRADUCTION] « souhait que soient établis des seuils de bruit » exprimé par les Tsleil-Waututh, Transports Canada a fait part de son intérêt pour l’élaboration d’une politique sur les plans de gestion du bruit sous-marin et a présenté son Initiative pour des navires silencieux, qui [TRADUCTION] « examinera la façon dont on peut rendre les navires plus silencieux » (pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17268 et 17269). Le Canada et les Tsleil-Waututh se sont en fin de compte entendus pour mener conjointement des études sur les effets du projet sur les épaulards (pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 17267; affidavit d’Ernie George, paragraphe 335, dossier des Tsleil-Waututh, page 152).

[169] The parties also continued to dialogue respecting Project-related marine shipping impacts, including impacts on killer whales, following the initial consultation meetings (see, e.g., Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18292–18295, 18437–18446, 18486–18493; Tupper affidavit, paragraphs 66–67, 86–87, Canada record, pages 16478–16479, 16484–16485; George affidavit, paragraphs 225–230, 340–344, Tsleil-Waututh record, pages 116–118, 153–155; Exhibit 48 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1537–1544; Exhibit 49 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1545–1547; Exhibit 50 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 1548–1555; Exhibit 77 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, pages 2228–2232).

[170] Throughout the re-initiated consultation process, Canada expressed a position consistent with the NEB's conclusions, federal experts' opinions, the Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites committee's assessment, and/or the Marine Technical Advisor's perspective (Tupper affidavit, paragraphs 79–81, 84, 86–87, Canada record, pages 16482–16485; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18444–18446, 18492). Tsleil-Waututh's experts maintained a different view (Tupper affidavit, paragraphs 78–81, 84, 86–87, Canada record, pages 16482–16485).

[171] As already stated, it is not the role of this Court to act as “an academy of science” to decide whose view is correct. Here, the NEB, Canada, and the Governor in Council all considered Tsleil-Waututh's experts' opinions and disagreed with those opinions based on other evidence and opinions. Disagreement does not indicate a failure of consultation; failure to adopt specific scientific and technical views does not render consultation unreasonable.

[169] Les parties ont également poursuivi le dialogue sur les incidences du transport maritime associé au projet, y compris les effets sur les épaulards, après les premières réunions de consultation (voir, notamment, pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18292 à 18295, 18437 à 18446 et 18486 à 18493; affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 66, 67, 86 et 87, dossier du Canada, pages 16478, 16479, 16484 et 16485; affidavit d'Ernie George, paragraphes 225 à 230 et 340 à 344, dossier des Tsleil-Waututh, pages 116 à 118 et 153 à 155; pièce 48 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1537 à 1544; pièce 49 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1545 à 1547; pièce 50 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 1548 à 1555; pièce 77 de l'affidavit d'Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, pages 2228 à 2232).

[170] Durant la nouvelle ronde de consultations, le Canada a exprimé un point de vue conforme aux conclusions de l'Office, aux opinions des experts fédéraux, à l'évaluation du comité du processus d'examen technique des systèmes de terminaux maritimes et des sites de transbordement ou aux points de vue du conseiller technique maritime (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 79 à 81, 84, 86 et 87, dossier du Canada, p. 16482 à 16485; voir aussi la pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18444 à 18446 et 18492). Les experts des Tsleil-Waututh ont défendu un point de vue différent (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 78 à 81, 84, 86 et 87, dossier du Canada, pages 16482 à 16485).

[171] Comme la Cour l'a fait remarquer, elle n'a pas à jouer le rôle d'une « académie des sciences » pour décider qui a raison. En l'espèce, l'Office, le Canada et le gouverneur en conseil ont tous examiné les opinions des experts des Tsleil-Waututh et ils n'ont pas souscrit à ces opinions, sur le fondement d'autres éléments de preuve et opinions. Qu'il y ait désaccord ne signifie pas qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter. Que certaines opinions scientifiques et techniques bien précises n'aient pas été adoptées ne rend pas la consultation déraisonnable.

[172] There is also no merit to Tsleil-Waututh's contention that Canada did not bring the appropriate experts to the table to address Tsleil-Waututh's concerns respecting Project-related marine shipping impacts (George affidavit, paragraph 146, Tsleil-Waututh record, page 84). Meeting minutes from the April 29, 2019, consultation meeting show that many experts and officials attended the meeting, including representatives from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans, ECCC, Transport Canada, the Canadian Coast Guard, and the Department of Justice (Tupper affidavit, paragraph 78, Canada record, page 16482; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18129–18134).

- (2) Canada's approach to accommodation was reasonable

[173] We also conclude that Canada's approach to accommodation was reasonable. The proposed accommodation measures flowed from an understanding of potential impacts on Tsleil-Waututh's rights and interests and were responsive to Tsleil-Waututh's concerns respecting Project-related marine shipping impacts. Counsel for Canada prepared a useful table that outlines the NEB conditions, proponent commitments, federal initiatives, and additional federal accommodation measures intended to accommodate Tsleil-Waututh's concerns (memorandum of Canada, paragraphs 176, 178, 180, 184). The list of these measures is a lengthy one.

[174] While Tsleil-Waututh takes issue with aspects of the accommodation process, these alleged deficiencies do not render Canada's approach unreasonable. As noted above, the duty to consult "guarantees a process, not a particular result ... There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible" (*Ktunaxa Nation*, paragraph 79). And there is no assurance that proposed accommodation measures

[172] Il n'y a pas non plus de fondement à l'observation des Tsleil-Waututh selon laquelle le Canada n'a pas invité les bons experts à la table pour répondre à leurs préoccupations concernant les incidences du transport maritime associé au projet (affidavit d'Ernie George, paragraphe 146, dossier des Tsleil-Waututh, page 84). Le procès-verbal de la réunion de consultation du 29 avril 2019 montre que de nombreux experts et représentants ont assisté à la réunion, y compris des représentants de Ressources naturelles Canada, du ministère des Pêches et des Océans, d'Environnement et Changement climatique Canada, de Transports Canada, de la Garde côtière canadienne et du ministère de la Justice (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 78, dossier du Canada, page 16482; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18129 à 18134).

- 2) Le Canada a envisagé les mesures d'accommodement d'une façon raisonnable

[173] Nous concluons également que la façon dont le Canada a envisagé les mesures d'accommodement était raisonnable. Il a proposé des mesures d'accommodement en fonction de ce qu'il a compris des incidences potentielles sur les droits et intérêts des Tsleil-Waututh et ces mesures répondaient aux préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Les avocats du Canada ont préparé un tableau utile qui présente les mesures prises pour répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh, soit les conditions imposées par l'Office, les engagements pris par le promoteur, les initiatives prises par le gouvernement fédéral ainsi que les mesures d'accommodement supplémentaires offertes par le gouvernement fédéral (mémoire du Canada, paragraphes 176, 178, 180 et 184). La liste de ces mesures est longue.

[174] Bien que les Tsleil-Waututh contestent certains aspects du processus d'accommodement, les lacunes qu'ils allèguent n'ont pas pour effet de rendre déraisonnable la façon dont le Canada a abordé ce processus. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'obligation de consulter « garantit un processus, et non un résultat précis [...] Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis

will result in agreement between the parties (*Mikisew 2005*, paragraphe 66).

[175] On April 1, 2019, Canada shared information with Tsleil-Waututh and the other applicants regarding eight new proposed accommodation measures (CCAR, pages 0260–0261; Labonté affidavit, paragraphe 87, Canada record, page 00026; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 16976–16996). Tsleil-Waututh argues that it was unreasonable for Canada to propose these accommodation measures before holding consultation meetings with Tsleil-Waututh. It asserts that “the duty to accommodate is a potential result of consultation, necessarily flowing from a mutual understanding of potential impacts to Aboriginal rights” (emphasis in original; memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphe 91).

[176] However, the re-initiated consultation process did not occur in a vacuum. In *TWN 2018*, “this Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council’s approval to be redone ... It only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address the specific flaws that led to the quashing of the first approval” (*Raincoast No. 1*, paragraphe 25). It was reasonable for Canada to suggest accommodation measures “intended to respond to the concerns” that Indigenous groups had earlier expressed (Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 16995).

[177] In any event, Canada did directly respond to Tsleil-Waututh’s position that the accommodation measures were not sufficiently responsive to Tsleil-Waututh’s concerns. Canada advised Tsleil-Waututh that “the April 1, 2019 letter was intended to provide consistent information regarding Canada’s proposed accommodation measures to all the Indigenous communities working with Canada, while more customized conversations could take place about how accommodations

demandé » (*Ktunaxa Nation*, paragraphe 79). Et rien ne garantit non plus que les mesures d’accommodement proposées donneront lieu à une entente entre les parties (*Mikisew 2015*, paragraphe 66).

[175] Le 1<sup>er</sup> avril 2019, le Canada a communiqué des renseignements aux Tsleil-Waututh et aux autres demanderesse concernant huit nouvelles mesures d’accommodement (RCAC, pages 0260 et 0261; affidavit de Jeff Labonté, paragraphe 87, dossier du Canada, page 00026; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 16976 à 16996). Les Tsleil-Waututh soutiennent qu’il était déraisonnable pour le Canada de proposer ces mesures d’accommodement avant la tenue de réunions de consultation avec les Tsleil-Waututh. Ils soutiennent que [TRADUCTION] « l’obligation de prendre des mesures d’accommodement est le résultat potentiel de consultations, découlant nécessairement d’une compréhension mutuelle des répercussions potentielles sur les droits autochtones » (souligné dans l’original; mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 91).

[176] Cependant, les nouvelles consultations ne sont pas un processus isolé de tout contexte. Dans l’arrêt *TWN 2018*, « [l]a Cour n’a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à la décision du gouverneur en conseil soient repris à neuf [...] Elle exigeait seulement, pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l’annulation de la décision initiale, la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires » (*Raincoast n° 1*, paragraphe 25). Il était raisonnable pour le Canada de proposer des mesures d’accommodement [TRADUCTION] « ayant pour but de répondre aux préoccupations » que les groupes autochtones avaient exprimées plus tôt (pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 16995).

[177] Quoi qu’il en soit, le Canada a bel et bien répondu directement à la position des Tsleil-Waututh selon laquelle les mesures d’accommodement n’étaient pas suffisamment adaptées aux préoccupations des Tsleil-Waututh. Le Canada a informé ces derniers que, [TRADUCTION] « la lettre du 1<sup>er</sup> avril 2019 avait pour but de fournir à toutes les communautés autochtones travaillant avec le Canada les mêmes renseignements concernant les mesures d’accommodement proposées par le

could be tailored to TWN’s specific concerns” (Tupper affidavit, paragraph 69, Canada record, page 16479; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 17263–17264).

[178] Tsleil-Waututh itself characterizes the consultation meetings as including “extensive discussion on [proposed accommodation] measures” (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 102). On May 28, 2019, Canada outlined how it could tailor the broad accommodation measures listed in the April 1, 2019 letter to address Tsleil-Waututh’s specific concerns (Tupper affidavit, paragraph 107, Canada record, page 16491; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18343–18348). Despite Canada’s best efforts at the May 29, 2019 consultation meeting, Tsleil-Waututh did not engage and maintained the position that the measures were unresponsive (Tupper affidavit, paragraphs 109–111, Canada record, pages 16491–16492; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18465–18472). In other words, Canada and Tsleil-Waututh differed about the efficacy of Canada’s proposed accommodations: Canada believed the measures were responsive, and Tsleil-Waututh disagreed.

[179] Tsleil-Waututh now relies on this disagreement to submit that Canada’s approach to accommodation was unreasonable. But as noted above, the duty to consult does not guarantee that a specific accommodation sought will be warranted or possible, or that accommodation will result in agreement between the parties. As the British Columbia Court of Appeal has observed, “[t]he fact that the [Indigenous group’s] position was not accepted does not mean the process of consultation in which they were fully engaged was inadequate” (*Prophet River BCCA*, paragraph 67). Here, as in *Prophet River BCCA*, the record “demonstrates the thorough consultation and efforts to accommodate” that were made (paragraph 67).

Canada, tout en prévoyant la tenue de conversations individualisées sur la façon dont les mesures d’accommodement pourraient être adaptées aux préoccupations spécifiques des Tsleil-Waututh » (affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 16479; voir aussi la pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 17263 et 17264).

[178] Les Tsleil-Waututh eux-mêmes reconnaissent que les réunions de consultation ont comporté [TRADUCTION] « d’amples discussions sur les mesures [d’accommodement proposées] » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 102). Le 28 mai 2019, le Canada a expliqué comment il pourrait adapter les mesures d’accommodement générales énoncées dans la lettre du 1<sup>er</sup> avril 2019 pour répondre aux préoccupations précises des Tsleil-Waututh (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 107, dossier du Canada, page 16491; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18343 à 18348). Malgré tous les efforts du Canada lors de la réunion de consultation du 29 mai 2019, les Tsleil-Waututh n’ont pas dialogué et ont maintenu leur point de vue selon lequel les mesures ne répondaient pas à leurs préoccupations (affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 109 à 111, dossier du Canada, pages 16491 et 16492; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18465 à 18472). En d’autres mots, le Canada et les Tsleil-Waututh avaient des opinions divergentes sur l’efficacité des mesures d’accommodement proposées par le Canada : le Canada estimait que ces mesures répondaient aux préoccupations, les Tsleil-Waututh étaient d’avis contraire.

[179] Les Tsleil-Waututh se fondent maintenant sur ce désaccord pour soutenir que le Canada a envisagé les mesures d’accommodement de façon déraisonnable. Comme nous l’avons affirmé précédemment, l’obligation de consulter ne garantit pas que la mesure d’accommodement spécifiquement demandée sera justifiée ou possible ni que les mesures d’accommodement donneront lieu à une entente entre les parties. Comme la Cour d’appel de la Colombie-Britannique l’a affirmé, [TRADUCTION] « le fait qu’on ne se range pas à l’avis [du groupe autochtone] ne signifie pas que le processus de consultation auquel [le groupe] a pleinement participé était déficient » (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 67). En l’espèce, comme

[180] Contrary to Tsleil-Waututh's claim that Canada did not propose any new measures to avoid or reduce impacts on Tsleil-Waututh's rights (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 106), Canada and Tsleil-Waututh did agree on accommodation measures targeted at Tsleil-Waututh's concerns about Project-related marine shipping impacts. As discussed above, Canada committed to undertake joint research with Tsleil-Waututh on the behaviour of diluted bitumen in the Burrard Inlet and Fraser River Estuary. Canada also agreed to conduct further research investigating the impacts of the Project on killer whales. Respecting the likelihood of oil spills, Canada offered to engage in additional joint spill modelling—including at the site requested by one of Tsleil-Waututh's experts—but Tsleil-Waututh declined (Tupper affidavit, paragraph 87, page 16485; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, page 18492).

[181] Tsleil-Waututh takes issue with Canada's position that it was not necessary to conduct this additional research before the Governor in Council could make a decision on the Project (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 104). Canada maintained the position that, while "the additional work the parties agreed [on] would be valuable", given the current state of scientific knowledge it "was not necessary prior to the [Governor in Council's] decision on the Project" (Tupper affidavit, paragraph 144, Canada record, page 16501; see also Exhibit C to the Tupper affidavit, Canada record, page 18906). Canada's scientists supported this position (Tupper affidavit, paragraph 146, Canada record, page 16502). The parties thus had different perspectives. But on the record before the Governor in Council, it was reasonable for it to decide that additional scientific research was not required before approving the Project.

dans l'affaire *Prophet River (C.A.C.-B.)*, le dossier [TRADUCTION] « révèle les consultations et les efforts exhaustifs en vue de la prise de mesures d'accommodement » qui ont été faits (paragraphe 67).

[180] Contrairement à ce que soutiennent les Tsleil-Waututh lorsqu'ils affirment que le Canada n'a pas proposé de nouvelles mesures pour éviter ou atténuer les répercussions sur les droits des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 106), le Canada et les Tsleil-Waututh se sont entendus sur des mesures d'accommodement visant précisément les préoccupations des Tsleil-Waututh concernant les incidences du transport maritime associé au projet. Comme il en a été précédemment question, le Canada s'est engagé à mener des recherches conjointement avec les Tsleil-Waututh sur le devenir et le comportement du bitume dilué dans la baie Burrard et l'estuaire du fleuve Fraser. Le Canada a également accepté de mener d'autres recherches sur les répercussions du projet sur les épaulards. En ce qui concerne les possibilités de déversements d'hydrocarbures, le Canada a proposé d'effectuer d'autres modélisations conjointes de déversement, y compris sur le site demandé par un des experts des Tsleil-Waututh, mais les Tsleil-Waututh ont décliné cette offre (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 87, dossier du Canada, page 16485; pièce A de l'affidavit de Shawn Tupper, page 18492).

[181] Les Tsleil-Waututh s'inscrivent en faux contre l'opinion du Canada selon laquelle il n'est pas nécessaire de mener ces recherches supplémentaires avant que le gouverneur en conseil prenne une décision sur le projet (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 104). Le Canada maintient sa position selon laquelle, bien que [TRADUCTION] « les travaux supplémentaires dont ont convenu les parties puissent être très utiles », étant donné l'état actuel des connaissances scientifiques, il [TRADUCTION] « n'était pas nécessaire [de les effectuer] avant la décision [du gouverneur en conseil] sur le projet » (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 144, dossier du Canada, page 16501; voir aussi la pièce C de l'affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, page 18906). Les scientifiques du Canada ont soutenu cette position (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 146, dossier du Canada, page 16502). Les parties ont donc des points de vue divergents. Toutefois, compte tenu du dossier dont

[182] Tsleil-Waututh relies on *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 323 F.T.R. 297, at paragraph 25, for the proposition that “the possibilities of future research and development do not constitute mitigation measures”. The Federal Court made that statement in the context of an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 [repealed by S.C. 2012, c. 19, s. 66]. In the context of the duty to consult, however, the Supreme Court has made it clear that directions to develop baseline information are proper accommodation measures (*Taku River*, paragraphs 43–44).

[183] Tsleil-Waututh further argues that Canada’s approach to accommodation was unreasonable because Canada did not agree with its proposed accommodations (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 106). However, many of Tsleil-Waututh’s proposed accommodations concerned issues that had already been addressed or were otherwise outside the scope of the “specific and focussed” re-initiated consultation process (*TWN 2018*, paragraph 772; see also Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18491–18492).

[184] For example, Tsleil-Waututh suggested that consideration be given to alternative configurations of the pipeline, including alternative terminal locations. Canada responded that alternative configurations had already been considered both as part of the NEB process and in *TWN 2018*. Canada was not prepared to consider alternatives that had already been assessed as impractical or non-viable (Tupper affidavit, paragraph 184, Canada record, pages 16513–16514; Exhibit A to the Tupper affidavit, Canada record, pages 18443–18444, 18492). This was an entirely reasonable position. Moreover, the challenge to the Project in *TWN 2018* based on alternate

disposait le gouverneur en conseil, il était raisonnable pour lui de conclure qu’il n’était pas nécessaire de procéder à des recherches scientifiques supplémentaires avant d’approuver le projet.

[182] Les Tsleil-Waututh invoquent la décision *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, [2008] A.C.F. n° 324 (QL), au paragraphe 25, pour affirmer que « les possibilités de recherche et développement futurs ne constituent pas des mesures d’atténuation ». La Cour fédérale a fait cette affirmation dans le contexte d’une évaluation environnementale effectuée sous le régime de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 [abrogé par L.C. 2012, ch. 19, art. 66]. Toutefois, dans le contexte de l’obligation de consulter, la Cour suprême a clairement établi que des directives au sujet de l’établissement de données de base constituaient des mesures d’accommodement en bonne et due forme (*Taku River*, paragraphes 43 et 44).

[183] Les Tsleil-Waututh soutiennent en outre que le Canada a envisagé les mesures d’accommodement de façon déraisonnable parce que celui-ci n’a pas retenu les mesures d’accommodement qu’ils avaient proposées (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 106). Toutefois, bon nombre des mesures d’accommodement proposées par les Tsleil-Waututh concernaient des questions auxquelles il avait déjà été répondu ou outrepassaient la portée des nouvelles consultations « précises et circonscrites » (*TWN 2018*, paragraphe 772; voir aussi la pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18491 et 18492).

[184] Par exemple, les Tsleil-Waututh ont proposé qu’on examine d’autres configurations de l’oléoduc, y compris d’autres lieux pour le terminal. Le Canada a répondu que d’autres configurations avaient déjà été examinées, tant dans le processus de l’Office que dans celui visé par l’arrêt *TWN 2018*. Le Canada n’était pas disposé à examiner des solutions de rechange qu’il avait déjà jugées peu pratiques ou non viables (affidavit de Shawn Tupper, paragraphe 184, dossier du Canada, pages 16513 et 16514; pièce A de l’affidavit de Shawn Tupper, dossier du Canada, pages 18443, 18444 et 18492). C’était une position tout à fait raisonnable. En

configurations was rejected. Therefore, Canada could properly have responded that the issue was barred. As explained in the reasons in support of the Leave Order (*Raincoast No. 1*, paragraph 24), the doctrines of law barring relitigation apply both to issues that were raised and decided, and to those that could have been raised, in an earlier proceeding. It is therefore immaterial that the issue was raised by the City of Burnaby rather than by Tsleil-Waututh or another of the applicants in these proceedings.

[185] Similarly, Canada declined to consider proposals for joint studies on the economics of the Project, Project alternatives, transporting oil in puck format, upgrading diluted bitumen in Alberta before transporting it, and reducing marine traffic in Burrard Inlet (Tupper affidavit, paragraphs 54, 167, 183–184, Canada record, pages 16474–16475, 16508, 16512–16514). None of these proposed accommodation measures was a proper subject of discussion in the re-initiated consultation process. Canada’s failure to consider them provides no proper basis for concluding that Canada acted unreasonably.

[186] Finally, Tsleil-Waututh contends that a decision not to proceed with the Project must be an available option for there to be meaningful consultation and accommodation (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 96–97). On April 17 and May 3, 2019, Tsleil-Waututh expressed its concern that “none of the ‘accommodation’ measures are responsive to the very serious concern that [Tsleil-Waututh] has been raising since at least 2013: that the Project is too risky because spills are inevitable, they cannot be cleaned up, and they will cause catastrophic impacts if they occur” (George affidavit, paragraph 367, Tsleil-Waututh record, page 161; Exhibit 84 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 2330).

[187] There is nothing in the record to suggest that Canada, or the Governor in Council, were unaware

outré, dans l’arrêt *TWN 2018*, la Cour a rejeté la contestation du projet fondée sur le motif des configurations de rechange. Par conséquent, le Canada pouvait tout à fait répondre que la question ne pouvait être débattue de nouveau. Comme la Cour l’explique dans ses motifs justifiant l’ordonnance d’autorisation (*Raincoast n° 1*, paragraphe 24), les notions de droit interdisant la remise en cause s’appliquent tant aux questions qui ont déjà été soulevées et tranchées qu’à celles qui auraient pu être soulevées dans une instance antérieure. Il est donc sans importance que la question ait été soulevée par la ville de Burnaby plutôt que par les Tsleil-Waututh ou une autre des demandereses en l’espèce.

[185] De même, le Canada a refusé d’examiner des propositions pour la tenue d’études conjointes sur l’économie du projet, des solutions de rechange au projet, le transport des hydrocarbures en galets, la valorisation du bitume dilué en Alberta avant son transport et la réduction du transport maritime dans la baie Burrard (affidavit de Shawn Tupper, par. 54, 167, 183 et 184, dossier du Canada, p. 16474, 16475, 16508 et 16512 à 16514). Aucune de ces mesures d’accommodement n’avait à faire l’objet d’une discussion lors des nouvelles consultations. Le fait que le Canada n’ait pas examiné ces possibilités ne justifie pas que l’on conclue que le Canada a agi déraisonnablement.

[186] Enfin, les Tsleil-Waututh soutiennent que la décision de ne pas donner suite au projet doit être une possibilité réelle pour qu’il y ait de véritables consultations et mesures d’accommodement (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 96 et 97). Le 17 avril et le 3 mai 2019, les Tsleil-Waututh ont fait part de leur préoccupation selon laquelle [TRADUCTION] « aucune des mesures “d’accommodement” ne répond à la préoccupation très sérieuse que [les Tsleil-Waututh] expriment depuis au moins 2013 : que le projet est trop risqué parce que les déversements sont inévitables, qu’ils ne peuvent être nettoyés et que, le cas échéant, ils auront des effets catastrophiques » (affidavit de George, paragraphe 367, dossier des Tsleil-Waututh, page 161; pièce 84 de l’affidavit de George, dossier des Tsleil-Waututh, page 2330).

[187] Rien dans le dossier ne donne à penser que le Canada ou le gouverneur en conseil ignoraient la

of Tsleil-Waututh’s position. Therefore, the question becomes whether, given this competing position—that the Project should not proceed—Canada breached its duty to consult and accommodate Tsleil-Waututh by ultimately approving the Project (*William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355, paragraph 41). In our view, it did not. Throughout the re-initiated consultation process, Canada dialogued with Tsleil-Waututh respecting the need for the Project, but the parties ultimately held opposing views on whether the Project was needed (see, e.g., Tupper affidavit, paragraphs 164–171, Canada record, pages 16507–16510). Canada provided Tsleil-Waututh with an explanation for the need for the Project in the consultation meetings, as well as through other information that was made available to Tsleil-Waututh during the re-initiated consultation process and through the Order in Council and the Explanatory Note.

[188] A meaningful process “becomes unworkable when, as here, the only compromise acceptable to [the Indigenous group] is to abandon the entire project” (*Prophet River BCCA*, paragraph 65). Insisting that the only acceptable accommodation is selecting an alternative to the Project amounts to seeking a veto over the Project, which forms no part of the duty to consult (*Prophet River BCCA*, paragraph 65; *Haida Nation*, paragraph 48). The record “demonstrates the thorough consultation and efforts to accommodate apart from abandoning the project” that were made throughout the re-initiated consultation process (*Prophet River BCCA*, paragraph 67).

[189] The standard for consultation and accommodation is not perfection; the process viewed in its entirety must result in adequate consultation with and accommodation of the Indigenous group (*Haida Nation*, paragraph 62). We are satisfied that it was open to the Governor in Council to conclude, on the record before it, that the re-initiated consultation conducted with Tsleil-Waututh following *TWN 2018* was adequate, and resulted in proposed accommodation measures that are responsive to Tsleil-Waututh’s concerns.

position des Tsleil-Waututh. La question devient donc celle de savoir si, étant donné ce point de vue concurrent, selon lequel il ne faudrait pas donner suite au projet, le Canada a manqué à son obligation de consulter les Tsleil-Waututh et de prendre des mesures d’accommodement à leur endroit en décidant d’approuver le projet en définitive (*William v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 BCCA 74, 20 B.C.L.R. (6th) 355, paragraphe 41). À notre avis, le Canada n’a pas manqué à son obligation. Tout au long des nouvelles consultations, le Canada a dialogué avec les Tsleil-Waututh au sujet de la nécessité du projet, mais, à la fin, les parties avaient des points de vue opposés sur la question de la nécessité du projet (voir entre autres l’affidavit de Shawn Tupper, paragraphes 164 à 171, dossier du Canada, pages 16507 à 16510). Le Canada a fourni aux Tsleil-Waututh des explications justifiant la nécessité du projet lors des réunions de consultation, dans des documents qu’ont pu consulter les Tsleil-Waututh lors des nouvelles consultations ainsi que dans le décret et la note explicative.

[188] La tenue de véritables consultations [TRADUCTION] « devient irréalisable lorsque, comme en l’espèce, le seul compromis acceptable pour [le groupe autochtone] est l’abandon du projet en entier » (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 65). Insister sur le fait que la seule mesure d’accommodement acceptable consiste à choisir une solution de rechange au projet équivaut à demander un droit de veto sur le projet, ce qui ne fait pas du tout partie de l’obligation de consulter (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 65; *Nation haïda*, paragraphe 48). Le dossier [TRADUCTION] « révèle les consultations et les efforts exhaustifs en vue de la prise de mesures d’accommodement, hormis l’abandon du projet », qui ont été faits lors des nouvelles consultations (*Prophet River (C.A.C.-B.)*, paragraphe 67).

[189] La norme applicable aux consultations et aux mesures d’accommodement n’est pas la perfection; le processus, considéré dans son ensemble, doit donner lieu à des consultations satisfaisantes ainsi qu’à des mesures d’accommodement pour le groupe autochtone (*Nation haïda*, paragraphe 62). Nous sommes convaincus que le gouverneur en conseil pouvait, compte tenu du dossier dont il disposait, conclure que les nouvelles consultations avec les Tsleil-Waututh tenues dans la foulée de

l'arrêt *TWN 2018* étaient satisfaisantes et ont débouché sur des mesures d'accommodement qui répondent aux préoccupations des Tsleil-Waututh.

- (3) Canada did not withhold “reviews” of Tsleil-Waututh’s expert reports

[190] Like Squamish, Tsleil-Waututh submits that Canada intentionally withheld its “reviews” of Tsleil-Waututh’s expert reports, the content of which, Tsleil-Waututh contends, “bears directly on [its] specific, focused concerns regarding the Project” (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 31). Tsleil-Waututh goes so far as to submit that Canada altered the content of these responding reviews to support Canada’s position, failed to inform Tsleil-Waututh that Canada’s experts agreed with Tsleil-Waututh’s experts on many issues, and took positions contrary to the scientific conclusions reached in the responding reports (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraphs 31, 33, 62–69).

[191] Like Squamish, Tsleil-Waututh, despite making these serious allegations, has put forward no evidence of misconduct by Canada. The contents of the “reviews” are consistent with the positions communicated by Canada during the re-initiated consultations, and Tsleil-Waututh has provided no evidence that changes to the documents were made without their authors’ knowledge. For the same reasons discussed above in addressing Squamish’s similar submission, we reject the submission by Tsleil-Waututh that the documents were improperly altered or withheld.

- (4) Canada’s mandate was appropriately defined

[192] Tsleil-Waututh submits Canada failed to rectify the concern identified in *TWN 2018* that Canada’s ability to execute its consultation framework was unreasonably constrained by the way its officials implemented their mandate, “limiting their role to mostly listening

- 3) Le Canada n’a pas retenu ses « examens scientifiques » des rapports d’experts des Tsleil-Waututh

[190] Comme les Squamish, les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada a intentionnellement retenu ses « examens scientifiques » des rapports d’experts des Tsleil-Waututh, dont le contenu, selon les Tsleil-Waututh, [TRADUCTION] « se rapporte directement à [leurs] préoccupations spécifiques et précises concernant le projet » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 31). Les Tsleil-Waututh vont jusqu’à soutenir que le Canada a modifié le contenu de ces examens pour étayer sa position, a omis d’informer les Tsleil-Waututh que ses experts étaient d’accord avec ceux des Tsleil-Waututh sur de nombreuses questions et a adopté une position contraire aux conclusions scientifiques tirées dans les rapports répondant à ceux des Tsleil-Waututh (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphes 31, 33 et 62 à 69).

[191] Comme les Squamish, les Tsleil-Waututh, en dépit d’allégations graves, n’ont produit aucun élément de preuve montrant qu’il y a eu inconduite de la part du Canada. Le contenu de ces « examens scientifiques » est conforme à la position que le Canada a défendue durant les nouvelles consultations et les Tsleil-Waututh n’ont fourni aucun élément de preuve établissant que des modifications avaient été apportées aux documents à l’insu de leurs auteurs. Pour les mêmes motifs que ceux exposés en réponse à l’observation semblable formulée par les Squamish, nous ne souscrivons pas à l’observation des Tsleil-Waututh selon laquelle les documents ont été indûment modifiés ou retenus.

- 4) Le mandat du Canada a été correctement défini

[192] Les Tsleil-Waututh soutiennent que le Canada n’a pas remédié au manquement relevé dans l’arrêt *TWN 2018* voulant que la capacité du Canada à mettre en œuvre son cadre de consultation ait été déraisonnablement limitée par la façon dont ses représentants

and recording Indigenous concerns and transmitting those concerns to decision-makers” (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 116). Tsleil-Waututh submits that it raised similar concerns about Canada’s mandate in the re-initiated consultation, but Canada denied there was a problem (memorandum of Tsleil-Waututh, paragraph 116).

[193] The objective of Canada’s mandate for the re-initiated consultations was “to work with Indigenous groups to understand impacts and seek to identify potential accommodations for the Project, where appropriate” (Exhibit 43 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 935). As discussed above, Canada’s consultation teams in the re-initiated process were composed of senior officials, who were tasked with engaging with Indigenous groups, not merely taking notes. The mandate given to them was appropriately defined to remedy the shortcomings identified by this Court in *TWN 2018*. The record is replete with examples of discussions and exchanges of information and perspectives consistent with this mandate.

[194] However, Tsleil-Waututh submits that Canada’s mandate should have included seeking or obtaining Tsleil-Waututh’s consent (George affidavit, paragraphs 95–97, 119(b), Tsleil-Waututh record, pages 65–66, 71). Canada expressed its desire to “seek to secure the free, prior, and informed consent” of Tsleil-Waututh for the Project at the start of the re-initiated consultation process (Exhibit 38 to the George affidavit, Tsleil-Waututh record, page 916). That being said, Canada was under no obligation to obtain consent prior to approving the Project. That would, again, amount to giving Indigenous groups a veto.

ont exécuté leur mandat, lesquels [TRADUCTION] « se sont contentés de consigner les préoccupations des Autochtones et de les transmettre aux décideurs » (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 116). Les Tsleil-Waututh soutiennent avoir fait part de préoccupations semblables concernant le mandat du Canada lors des nouvelles consultations, mais que le Canada n’a pas reconnu qu’il y avait un problème (mémoire des Tsleil-Waututh, paragraphe 116).

[193] Pour la nouvelle ronde de consultations, le Canada s’est doté d’un mandat dont l’objectif était de [TRADUCTION] « travailler avec les groupes autochtones pour comprendre les répercussions et tenter de trouver les mesures d’accommodement potentielles pour le projet, lorsqu’il y avait lieu » (pièce 43 de l’affidavit d’Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, page 935). Comme il en a été question plus haut, les équipes de consultation du Canada ayant participé à la nouvelle ronde étaient composées de hauts fonctionnaires ayant pour tâche de nouer le dialogue avec les groupes autochtones, et non uniquement de prendre des notes. Le mandat qui leur avait été confié avait été correctement défini, d’une manière qui remédiait aux manquements relevés par notre Cour dans l’arrêt *TWN 2018*. Le dossier regorge d’exemples de discussions et d’échanges de renseignements et de points de vue qui s’inscrivent dans la logique de ce mandat.

[194] Cependant, les Tsleil-Waututh soutiennent que le mandat du Canada aurait dû comprendre la tâche de demander le consentement des Tsleil-Waututh ou de l’obtenir (affidavit d’Ernie George, paragraphes 95 à 97 et 119(b), dossier des Tsleil-Waututh, p. 65, 66 et 71). Le Canada a exprimé au début de la nouvelle ronde de consultations le désir de [TRADUCTION] « viser à obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », des Tsleil-Waututh à l’égard du projet (pièce 38 de l’affidavit d’Ernie George, dossier des Tsleil-Waututh, page 916). Cela dit, le Canada n’avait aucunement l’obligation d’obtenir leur consentement avant d’approuver le projet. Encore une fois, cela équivaldrait à donner aux groupes autochtones un droit de veto.

- (5) Tsleil-Waututh’s conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada’s consultation efforts

[195] Canada alleges, and we agree, that Tsleil-Waututh’s conduct during the re-initiated consultation process hindered Canada’s consultation efforts. While the duty to consult imposes obligations on Canada, it also gives rise to corresponding obligations on the part of Indigenous groups. Indigenous groups “must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached” (*Haida Nation*, paragraph 42; see also *Ktunaxa Nation*, paragraph 80).

[196] While hard bargaining on the part of Indigenous groups is permissible, Tsleil-Waututh’s conduct during the re-initiated consultation process exceeded hard bargaining and interfered with Canada’s efforts to consult and accommodate. Canada’s efforts nonetheless resulted in adequate consultation and responsive accommodation measures.

#### D. *Ts’elxwéyeqw*

[197] In *TWN 2018* (paragraphs 681–727), six shortcomings were pointed to in support of the conclusion that Canada’s initial consultations with the Stó:lō (including Ts’elxwéyeqw) were not meaningful. First, Canada failed to give due consideration to the 89 recommendations contained in the Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project (ICA), a detailed technical submission prepared by the Stó:lō concerning potential impacts of the Project (*TWN 2018*, paragraph 712). Second, Canada failed to address the Stó:lō’s position that Lightning Rock is a “no go” area (*TWN 2018*, paragraphs 716–717). Third, Canada failed to ensure that the Stó:lō cultural sites were incorporated into the Project’s alignment sheets (documents showing the exact route proposed for the pipeline) (*TWN 2018*, paragraphs 697, 718). Fourth, Canada failed to accommodate the request for Indigenous groups to select

- 5) La conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations a nuï aux efforts de consultation du Canada

[195] Le Canada soutient, et nous sommes d’accord, que la conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations a nuï aux efforts de consultation du Canada. Bien que l’obligation de consulter impose au Canada des obligations, elle a aussi pour effet d’imposer des obligations aux groupes autochtones. Ceux-ci « ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d’agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s’entendre » (*Nation haïda*, paragraphe 42; voir aussi *Ktunaxa Nation*, paragraphe 80).

[196] Bien que les groupes autochtones puissent choisir de négocier de façon serrée, la conduite des Tsleil-Waututh durant la nouvelle ronde de consultations était plus que de la négociation serrée; elle a contrecarré les efforts du Canada en matière de consultations et de mesures d’accommodement. Les efforts du Canada ont néanmoins débouché sur des consultations satisfaisantes et des mesures d’accommodement adaptées.

#### D. *Les Ts’elxwéyeqw*

[197] Dans l’arrêt *TWN 2018* (paragraphes 681 à 727), six lacunes ont été soulignées au soutien de la conclusion selon laquelle les premières consultations du Canada avec les Stó:lō (y compris les Ts’elxwéyeqw) étaient dépourvues d’un caractère véritable. Premièrement, le Canada n’a pas dûment pris en considération les 89 recommandations énoncées dans le document intitulé « [TRADUCTION] “Évaluation culturelle intégrée relative au projet d’agrandissement du réseau Trans Mountain” » (l’ECI), un document d’observations techniques détaillées préparé par les Stó:lō au sujet des répercussions du projet (*TWN 2018*, paragraphe. 712). Deuxièmement, le Canada ne s’est pas penché sur l’observation des Stó:lō voulant que Lightning Rock soit une zone « interdite » (*TWN 2018*, paragraphes 716 et 717). Troisièmement, le Canada ne s’est pas assuré que les sites culturels des Stó:lō soient inscrits sur les cartes-tracés du projet

Indigenous monitors (*TWN 2018*, paragraphs 700–701). Fifth, Canada failed to guarantee that Trans Mountain would be held accountable for its commitments (*TWN 2018*, paragraph 715). Finally, Canada did not succeed in explaining how the Stó:lō's constitutionally protected right to fish was accounted for during the consultation process (*TWN 2018*, paragraph 727).

[198] Responding to these flaws in the order presented above, Canada maintains that each has been adequately addressed in light of the following measures implemented in the course of the renewed consultation process.

[199] First, due consideration has been given to the 89 recommendations reflected in the ICA (Dekker affidavit, paragraphs 7–9, Canada record, pages 09571–09572).

[200] Second, Trans Mountain adjusted the Project footprint at Lightning Rock, will complete the archaeological and cultural heritage assessment required by NEB Condition 77 prior to construction and will work with the Stó:lō Collective on measures to avoid impacts to the site (NEB Reconsideration Report, pages 0630, 0888).

[201] Third, Trans Mountain incorporated traditional knowledge, including Stó:lō cultural sites in the Project corridor identified by Ts'elxwéyeqw in the ICA, into its environmental alignment sheets (Anderson affidavit No. 2, paragraphs 86(m)-(q), (t)-(x), (dd), Trans Mountain Record, pages 18153–18156, 18159) and committed to update its Resource Specific Mitigation Tables and work with Ts'elxwéyeqw on an ongoing basis to develop site-specific measures to manage Project effects (Dekker affidavit, paragraph 84, Canada record, pages 09604–09605).

(c'est-à-dire les documents montrant le tracé exact proposé pour l'oléoduc) (*TWN 2018*, paragraphes 697 et 718). Quatrièmement, le Canada n'a pas pris de mesures d'accommodement quant à la demande des groupes autochtones de sélectionner des surveillants autochtones (*TWN 2018*, paragraphes 700 et 701). Cinquièmement, le Canada n'a pas garanti que Trans Mountain serait tenue de respecter ses engagements (*TWN 2018*, paragraphe 715). Enfin, le Canada n'a pas réussi à expliquer en quoi le droit de pêche, constitutionnellement garanti, des Stó:lō avait été pris en considération durant les consultations (*TWN 2018*, paragraphe 727).

[198] Le Canada soutient que, en réaction à ces lacunes relevées dans l'ordre énoncé ci-dessus, il a remédié à chacune d'elle en mettant en œuvre les mesures présentées qui suivent lors de la nouvelle ronde de consultations.

[199] Premièrement, il a dûment pris en considération les 89 recommandations énoncées dans l'ECI (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 7 à 9, dossier du Canada, pages 09571 et 09572).

[200] Deuxièmement, Trans Mountain a ajusté l'empreinte du projet à Lightning Rock, elle procédera à l'évaluation du patrimoine archéologique et culturel exigé à la condition 77 de l'Office préalablement à la construction, et elle collaborera avec le groupe Stó:lō pour l'établissement de mesures visant à éviter les incidences sur le site (Rapport de réexamen de l'Office, pages 0630 et 0888).

[201] Troisièmement, Trans Mountain a inclus dans ses cartes-tracés environnementales du savoir ancestral, notamment les sites culturels Stó:lō se trouvant dans le corridor du projet relevés par les Ts'elxwéyeqw dans l'ECI (deuxième affidavit d'Ian Anderson, paragraphes 86(m) à (q), (t) à (x), et (dd), dossier de Trans Mountain, pages 18153 à 18156 et 18159) et elle s'est engagée à mettre à jour ses tableaux de mesures d'atténuation propres aux ressources et à travailler sur une base continue avec les Ts'elxwéyeqw afin d'établir des mesures propres aux sites pour la gestion des incidences du projet (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 84, dossier du Canada, pages 09604 et 09605).

[202] Fourth, Trans Mountain has committed to hiring a Ts'elxwéyeqw monitor selected by Ts'elxwéyeqw to be on Trans Mountain's inspection team (Dekker affidavit, paragraph 74(l), Canada record, page 09600). Fifth, the Governor in Council amended NEB Condition 6 to require Trans Mountain to add all commitments made during consultations to its commitments tracker, rendering them enforceable by virtue of NEB Condition 2 (NEB Reconsideration Report, page 0861; Order in Council, pages 10–11).

[203] Finally, Canada acknowledged Ts'elxwéyeqw's constitutionally protected Aboriginal right to fish and took this right into account in assessing Project impacts (Dekker affidavit, paragraphs 31(c), 58(f), Canada record, pages 09578, 09593).

[204] Ts'elxwéyeqw chooses not to confront these measures and to try to show why they fail to adequately address the flaws identified in *TWN 2018*. Rather, it begins its submissions by providing its account and assessment of the reconsideration hearing before the NEB and the renewed consultation process. The gist of its position is that nothing useful came out of either. Not a single positive feature is acknowledged (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 13–72).

[205] Ts'elxwéyeqw goes on to advance four contentions as follows: (1) Canada failed to adequately engage with the ICA and the 89 recommendations; (2) Canada's accommodation measures are generic, conceptual, not specific, and rely heavily on future commitments; (3) Canada failed to re-initiate consultations in a timely manner and then truncated their execution; and (4) Canada failed to consider the infringement of its established fishing right (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 86–87).

[206] A review of the arguments made in support of these contentions shows that Ts'elxwéyeqw has lost sight of the fact that this is a judicial review application

[202] Quatrièmement, Trans Mountain s'est engagée à embaucher un surveillant ts'elxwéyeqw sélectionné par les Ts'elxwéyeqw, qui fera partie de l'équipe d'inspection de Trans Mountain (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 74(l), dossier du Canada, page 09600). Cinquièmement, le gouverneur en conseil a modifié la condition n° 6 de l'Office pour exiger de Trans Mountain qu'elle ajoute tous les engagements qu'elle a pris lors des consultations à son tableau de suivi des engagements, ce qui les rend obligatoires en vertu de la condition n° 2 de l'Office (Rapport de réexamen de l'Office, page 0861; décret, pages 10 et 11).

[203] Enfin, le Canada reconnaît le droit de pêche ancestral, constitutionnellement garanti, des Ts'elxwéyeqw et a pris ce droit en considération dans son évaluation des incidences du projet (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 31(c), 58(f), dossier du Canada, pages 09578 et 09593).

[204] Les Ts'elxwéyeqw choisissent de ne pas contester ces mesures et de ne pas tenter de prouver qu'elles ne remédient pas aux lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*. Ils commencent plutôt leurs observations en présentant leur version du déroulement de l'audience de réexamen devant l'Office et de la nouvelle ronde de consultations ainsi que l'évaluation qu'ils en font. Essentiellement, ils soutiennent que cette audience et les consultations n'ont servi à rien. Ils n'y voient absolument rien de bon (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 13 à 72).

[205] Les Ts'elxwéyeqw font ensuite valoir les quatre assertions suivantes : 1) le Canada n'a pas dûment pris en considération l'ECI ni les 89 recommandations; 2) les mesures d'accommodement proposées par le Canada sont génériques, abstraites et vagues et elles reposent beaucoup sur des engagements à venir; 3) le Canada n'a pas entamé la nouvelle ronde de consultations dans un délai raisonnable et par la suite y a coupé court; 4) le Canada n'a pas pris en considération l'empiètement sur les droits de pêche reconnus (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 86 et 87).

[206] Un examen des observations présentées à l'appui de ces assertions montre que les Ts'elxwéyeqw semblent avoir perdu de vue que la présente instance

(memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 95–110). It essentially invites us to consider the overall conclusion reached by the Governor in Council to the effect that the duty to consult was adequately met, weigh the evidence that bears on this question, and come to a different conclusion. Notably, Ts'elxwéyeqw makes no mention of the reasons given in support of the issuance of the Order in Council or the Explanatory Note that accompanied it.

[207] The Explanatory Note among other things outlines the re-initiated consultation process and the new “specific, targeted accommodation measures [...] developed and proposed as part of the consultations ... [,] designed specifically to respond to concerns raised by Indigenous groups in the consultations, and to address areas where the consultations highlighted the potential for an enhancement to existing efforts or to close a programming gap in a particular area” (Explanatory Note, page 48). Among these measures is funding to support Indigenous-led studies to gain a better understanding of the Project’s potential land-based impacts, for example on traditional land use. As part of that initiative, Canada offered \$250 000 in funding to facilitate the protection of Stó:lō cultural sites (Dekker affidavit, paragraph 87, Canada record, pages 09605–09606). Also addressed is amended Condition 6, which makes Trans Mountain’s commitments to Ts'elxwéyeqw mandatory, and amended Condition 100, which ensures that Trans Mountain takes necessary steps to preserve and protect cultural sites during construction, 400 of which belong to the Stó:lō. Amended Condition 98 is also referenced; it provides that Trans Mountain will have to justify how it has incorporated the results of its consultation, including any recommendations from those consulted, into the plan describing Indigenous participation in construction monitoring (Explanatory Note, page 64).

[208] The modifications ordered by the Governor in Council as a result of the renewed consultation process are set out in Annex A of the Order in Council, beginning at page 10. These form part of the foundation for its

est une demande de contrôle judiciaire (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 95 à 110). Ils nous invitent essentiellement à examiner l'ensemble des conclusions tirées par le gouverneur en conseil voulant qu'il ait satisfait à son obligation de consultation, à examiner les éléments de preuve à cet égard et à tirer une conclusion différente. Il convient de noter que les Ts'elxwéyeqw ne font aucune mention des motifs présentés à l'appui du décret ou de la note explicative l'accompagnant.

[207] La note explicative décrit entre autres la nouvelle ronde de consultations et les nouvelles « mesures d'accommodement précises et ciblées [...] élaborées et proposées lors des consultations [...] conçues précisément pour répondre aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones lors des consultations, et afin de se pencher sur les domaines où les consultations ont montré un potentiel d'amélioration des efforts actuellement déployés ou pour consolider le programme dans un secteur en particulier » (note explicative, page 48). Au nombre de ces mesures, on compte des fonds servant à financer des études menées par les Autochtones en vue d'améliorer leurs connaissances sur les effets potentiels du projet sur les terres, notamment celles utilisées à des fins traditionnelles. Dans le cadre de cette initiative, le Canada a offert un financement à hauteur de 250 000 \$ pour la protection des sites culturels des Stó:lō (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 87, dossier du Canada, pages 09605 à 09606). Elle mentionne aussi la condition 6 modifiée, qui rend impératifs les engagements que Trans Mountain a pris à l'égard des Ts'elxwéyeqw, ainsi que la condition 100 modifiée, qui oblige Trans Mountain à prendre les mesures nécessaires au cours des travaux pour préserver et protéger les sites culturels, dont 400 appartenant aux Stó:lō. Elle mentionne également la condition 98 modifiée, suivant laquelle Trans Mountain doit justifier de la manière dont elle a incorporé les résultats de sa consultation, y compris toutes les recommandations des personnes consultées, dans le plan qui décrit la participation des groupes autochtones à la surveillance des travaux (note explicative, page 64).

[208] Les modifications ordonnées par le gouverneur en conseil par suite de la nouvelle ronde de consultations sont énoncées à l'annexe A du décret, à compter de la page 10. Elles étaient entre autres sa conclusion selon

conclusion that the renewed consultations were adequate for all applicants, including Ts'elxwéyeqw.

[209] When regard is had to the reasons given by the Governor in Council in support of its conclusion and the record, insofar as it pertains to Ts'elxwéyeqw's four contentions, it becomes clear that they are without merit. In each case, save for the legal issue underlying the fourth contention, we are essentially asked to prefer Ts'elxwéyeqw's account and assessment of the consultations over Canada's without any indication as to why we should do so (contrast paragraphs 95–110 of the memorandum of Ts'elxwéyeqw with paragraphs 215–233 of the memorandum of Canada). Indeed, when reviewing the record to test Ts'elxwéyeqw's four contentions against Canada's responses, Canada's account of the consultation process is to be preferred. This is the issue to which we now turn.

- (1) Canada adequately engaged with the ICA and the 89 recommendations

[210] In *TWN 2018*, this Court found that Canada had blatantly disregarded the ICA and the 89 recommendations (paragraph 712):

.... there is no discussion or indication that Canada seriously considered implementing any of the 89 recommended actions, and no explanation as to why Canada did not consider implementing any Stó:lō specific recommendation as an accommodation or mitigation measure.

[211] During the re-initiated consultation process, Canada and Trans Mountain both produced reports responding to each of the 89 recommendations raised in the ICA. Trans Mountain's report demonstrates how information contained in the ICA and Cultural Heritage Overview Assessment were incorporated into Trans Mountain's environmental plans (Ardell affidavit, paragraph 86, Ts'elxwéyeqw record, page 603), while Canada's report pointed to specific conditions, commitments or accommodation measures addressing each of the 89 recommendations. This is shown by the table highlighting Canada's consideration of the potential impacts raised (memorandum of Canada, paragraph 224).

laquelle la nouvelle ronde de consultations était adéquate à l'égard de toutes les demandresses, y compris les Ts'elxwéyeqw.

[209] Si l'on examine les raisons qui étaient la conclusion du gouverneur en conseil et la partie du dossier qui concerne les quatre prétentions des Ts'elxwéyeqw, il ressort clairement que ces dernières ne sont pas fondées. Pour chacune, à l'exception de la question juridique qui sous-tend la quatrième prétention, on nous demande essentiellement de privilégier le récit et l'évaluation des consultations des Ts'elxwéyeqw à ceux du Canada, et ce sans nous expliquer pourquoi (comparer les paragraphes 95 à 110 du mémoire des Ts'elxwéyeqw aux paragraphes 215 à 233 du mémoire du Canada). En effet, lorsqu'on examine le dossier pour confronter les quatre prétentions des Ts'elxwéyeqw aux réponses du Canada, le récit des consultations présenté par le Canada doit être privilégié. Il s'agit du sujet que nous abordons dans les paragraphes qui suivent.

- 1) Le Canada a adéquatement tenu compte de l'ECI et des 89 recommandations

[210] Dans l'arrêt *TWN 2018*, la Cour estimait que le Canada avait fait complètement fi de l'ECI et des 89 recommandations (paragraphe 712) :

[...] rien ne révèle que le Canada a sérieusement envisagé de mettre en œuvre l'une ou l'autre de ces mesures recommandées ni n'explique pourquoi il n'en a retenu aucune comme mesure d'accommodement ou d'atténuation.

[211] Au cours de la nouvelle ronde de consultations, le Canada et Trans Mountain ont tous deux produit un rapport répondant à chacune des 89 recommandations soulevées dans l'ECI. Le rapport de Trans Mountain explique comment les renseignements provenant de l'ECI et de l'évaluation d'ensemble du patrimoine culturel ont été intégrés aux plans environnementaux de Trans Mountain (affidavit de Keri Ardell, paragraphe 86, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 603). Le rapport du Canada indique les conditions, engagements et mesures d'accommodement précises qui répondent à chacune des 89 recommandations. C'est ce que montre le tableau sur lequel sont inscrites les mesures prises par le Canada

The bolded numbers in the table highlight the additional actions, measures or commitments that were taken as a result of the renewed consultation process. When regard is had to the changes highlighted in this table, it cannot be said that Canada failed to grapple with the 89 recommendations (Dekker affidavit, paragraphs 8–9, Canada record, page 09572; Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 13092–13099).

[212] Ts’elxwéyeqw further argues that both ICA response reports were received too late in the process to allow for a meaningful response on its part given its limited resources (memorandum of Ts’elxwéyeqw, paragraph 102(e)). The Crown ICA report, however, came on March 6, 2019 whereas Trans Mountain’s was provided on April 30, 2019. Ts’elxwéyeqw asserts that “[w]orkshops were a necessary component to begin to address the 89 Recommendations, and would provide an opportunity to review the mitigation and management strategies that Canada and [Trans Mountain] proposed to address [its] concerns” (memorandum of Ts’elxwéyeqw, paragraph 101). However, Ts’elxwéyeqw insisted that it could not participate in workshops to discuss Canada’s analysis without first having Trans Mountain’s updated ICA responses. Mindful of the fact that the renewed consultation process was not open-ended, Canada instead took the position that the Crown ICA report was a proper starting point to guide further collaborative discussions (Dekker affidavit, paragraph 57, Canada record, page 09592). Although Ts’elxwéyeqw does not agree with Canada’s approach, it has not shown that it was inappropriate or in any way unreasonable.

[213] Given Ts’elxwéyeqw’s refusal to participate in workshops in early March, Canada waited for Trans Mountain’s responses to the ICA before holding the workshops. All were held in May 2019. Canada asserts that the workshops resulted in substantive feedback and discussion (memorandum of Canada, paragraph 219). Ts’elxwéyeqw controlled the agenda, which spoke to a

pour examiner les incidences potentielles du projet (mémoire du Canada, paragraphe 224). Les chiffres en caractères gras dans le tableau indiquent les actions, mesures et engagements supplémentaires pris par suite de la nouvelle ronde de consultations. Au vu des changements soulignés dans le tableau, on ne saurait dire que le Canada n’a pas tenu compte des 89 recommandations (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 8 et 9, dossier du Canada, page 09572; pièce A de l’affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 13092 à 13099).

[212] Les Ts’elxwéyeqw affirment également qu’ils ont reçu les deux rapports présentés en réponse à l’ECI trop tard pour leur permettre d’y opposer une véritable réponse, vu leurs moyens limités (mémoire des Ts’elxwéyeqw, paragraphe 102(e)). Le rapport de la Couronne sur l’ECI, toutefois, a été reçu le 6 mars 2019, tandis que celui de Trans Mountain, le 30 avril 2019. Les Ts’elxwéyeqw soutiennent que des [TRADUCTION] « [a]teliers étaient nécessaires pour l’étude des 89 recommandations et donneraient l’occasion de prendre connaissance des stratégies d’atténuation et de gestion des risques que proposaient le Canada et [Trans Mountain] pour répondre à [leurs] préoccupations » (mémoire des Ts’elxwéyeqw, paragraphe 101). Cependant, les Ts’elxwéyeqw ont refusé de participer à des ateliers pour discuter de l’analyse réalisée par le Canada tant qu’ils ne disposeraient pas des réponses mises à jour de Trans Mountain à l’ECI. Conscient que la nouvelle ronde de consultations n’était pas indéfinie, le Canada était plutôt d’avis que le rapport de la Couronne sur l’ECI constituait un bon point de départ susceptible d’orienter les discussions communes qui s’ensuivraient (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 57, dossier du Canada, page 09592). Même si les Ts’elxwéyeqw ne souscrivent pas à la démarche proposée par le Canada, ils n’ont pas démontré qu’elle était inadéquate ou déraisonnable de quelque manière que ce soit.

[213] Vu le refus des Ts’elxwéyeqw de participer aux ateliers au début de mars, le Canada a attendu les réponses de Trans Mountain à l’ECI avant d’en organiser la tenue. Ils se sont tous déroulés en mai 2019. Selon le Canada, les ateliers ont donné lieu à une rétroaction et à des discussions considérables (mémoire du Canada, paragraphe 219). Les Ts’elxwéyeqw avaient établi l’ordre

wide array of issues contained in the ICA. Despite having delayed the holding of the workshops, Ts'elxwéyeqw did have an opportunity to provide input on the draft report, and to dialogue on Canada's analysis, when the workshops finally took place.

[214] Moreover, Canada's goal was to present to the Governor in Council a joint report on the 89 recommendations. The record shows that multiple efforts were made toward that end. On May 7, 2019, Canada provided Ts'elxwéyeqw with a draft table of contents and proposed a teleconference to explore whether there could initially be an agreement as to the contents. Ts'elxwéyeqw indicated they would comment, but did not (Dekker affidavit, paragraphs 70, 76, Canada record, pages 09597, 09600). On May 28, 2019, Canada made another attempt to discuss how to best move forward with making joint submissions incorporating the work done by Canada, Trans Mountain and Ts'elxwéyeqw on addressing the 89 recommendations (Dekker affidavit, paragraph 85, Canada record, page 09605). This attempt also proved to be unsuccessful. Ultimately, Canada nonetheless ensured that the final Crown ICA report and the CCAR, which were provided to the Governor in Council in order to inform its decision, reflected the feedback received, including that conveyed at all workshops and in written responses provided by Ts'elxwéyeqw.

[215] In the end, there is no support for Ts'elxwéyeqw's contention that Canada failed to adequately engage with the ICA and the 89 recommendations.

- (2) Canada's accommodation measures cannot be said to be generic, conceptual, and not specific, or to rely heavily on future commitments

[216] On their face, all six measures proposed during the course of the renewed consultation process (see paragraphs 198 to 203 above) are particularized and specific to Ts'elxwéyeqw or the Stó:lō.

du jour, qui énumérait une variété de questions issues de l'ECI. Même si les Ts'elxwéyeqw avaient retardé la tenue des ateliers, ils ont tout de même eu l'occasion de présenter leurs commentaires sur l'ébauche de rapport et d'échanger sur l'analyse réalisée par le Canada, quand les ateliers se sont finalement déroulés.

[214] En outre, le Canada entendait présenter un rapport conjoint sur les 89 recommandations au gouverneur en conseil. Suivant le dossier, beaucoup d'efforts tendaient vers ce but. Le 7 mai 2019, le Canada a fourni aux Ts'elxwéyeqw l'ébauche de la table des matières et a proposé la tenue d'une conférence téléphonique visant à tâter le pouls des intéressés sur la possibilité d'une entente quant au contenu. Les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils allaient faire des commentaires, mais n'en ont rien fait (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 70 et 76, dossier du Canada, pages 09597 et 09600). Le 28 mai 2019, le Canada a tenté en vain d'ouvrir à nouveau la discussion sur la présentation de remarques conjointes sur les travaux réalisés par le Canada, Trans Mountain et les Ts'elxwéyeqw à l'égard des 89 recommandations (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 85, dossier du Canada, page 09605). Finalement, le Canada a néanmoins veillé à ce que le rapport final de la Couronne sur l'ECI et le RCAC, qui ont été présentés au gouverneur en conseil et servaient à éclairer sa décision, traduisaient les commentaires reçus, y compris ceux issus des ateliers et les réponses écrites fournies par les Ts'elxwéyeqw.

[215] Enfin, rien n'étaye la prétention des Ts'elxwéyeqw suivant laquelle le Canada n'a pas adéquatement tenu compte de l'ECI et des 89 recommandations.

- 2) On ne saurait dire des mesures d'accommodement proposées par le Canada qu'elles sont générales, conceptuelles et non adaptées ni qu'elles sont en grande partie subordonnées à des engagements futurs

[216] *A priori*, les six mesures proposées au cours de la nouvelle ronde de consultations (voir les paragraphes 198 à 203 des présents motifs) sont détaillées et propres aux Ts'elxwéyeqw ou aux Stó:lō.

[217] In order to illustrate the point that the measures taken by Canada to address its concerns are “generic, conceptual and non-responsive”, Ts’elxwéyeqw refers to *TWN 2018*, at paragraph 653, where this Court commented on specific measures put in place during the initial consultation process. It omits to point out that these measures were aimed at assuaging the concerns of Tsleil-Waututh. Ts’elxwéyeqw also cites paragraphs 660, 661, 668 and 735 of *TWN 2018*. Again these comments concerned measures pertaining to Tsleil-Waututh’s, Squamish’s and Upper Nicola’s experiences. Paragraph 703 in *TWN 2018* is the only cited paragraph that relates to the Stó:lō, where this Court found that Canada had failed to provide for a new condition that would ensure the presence of local Indigenous monitors. As explained earlier, this flaw, insofar as it relates to Ts’elxwéyeqw, has been remedied by the commitment to hire a Ts’elxwéyeqw monitor selected by Ts’elxwéyeqw.

[218] Additionally, Ts’elxwéyeqw makes sweeping allegations to the effect that Canada did not consider whether the accommodation measures will actually materialize, whether they respond to concerns that are specific to Ts’elxwéyeqw or whether the forward-looking measures will be enforceable so as to lead to actual mitigation of Project impacts (memorandum of Ts’elxwéyeqw, paragraph 110). These submissions are, however, difficult if not impossible to assess because in making them Ts’elxwéyeqw fails to refer to the record or to specify the measures that it targets. It further argues that “commitments to send reports ... are also not a commitment to meaningfully implement adequate mitigation measures” (memorandum of Ts’elxwéyeqw, paragraph 110). Here again, it fails to refer to the record—we are again left in the dark as to what exactly is being argued. No further enlightenment was provided in oral argument. These unsubstantiated assertions do nothing to show that the Governor in Council’s approval of the Project was unreasonable.

[219] Similarly, Ts’elxwéyeqw argues that some of the accommodations that were proposed to it were also

[217] Pour illustrer sa thèse suivant laquelle les mesures prises par le Canada pour répondre à leurs préoccupations sont [TRADUCTION] « générales, conceptuelles et non adaptées », les Ts’elxwéyeqw renvoient à l’arrêt *TWN 2018*, au paragraphe 653, où la Cour commente les mesures mises en œuvre au cours du processus de consultation initial. Ils oublient de mentionner que ces mesures visaient à répondre aux préoccupations des Tsleil-Waututh. Les Ts’elxwéyeqw renvoient également aux paragraphes 660, 661, 668 et 735 du même arrêt. Dans ce cas également, ces passages concernaient des mesures visant l’expérience des Tsleil-Waututh, des Squamish et des Upper Nicola. Le paragraphe 703 de la décision est le seul qui s’applique aux Stó:lō parmi ceux qu’ils invoquent. Dans ce passage, la Cour estime que le Canada n’a pas ajouté de condition qui assurerait la présence de surveillants autochtones choisis localement. Comme nous l’expliquons plus haut, cette lacune a été corrigée dans le cas des Ts’elxwéyeqw : l’engagement a été pris d’embaucher un surveillant issu des Ts’elxwéyeqw, choisi par ces derniers.

[218] En outre, les Ts’elxwéyeqw soulèvent des prétentions exagérées, soit que le Canada ne se préoccupait pas de savoir si les mesures d’accommodement allaient bel et bien se matérialiser, si elles répondaient aux préoccupations propres aux Ts’elxwéyeqw ou si les mesures futures étaient susceptibles d’exécution de sorte qu’elles puissent atténuer véritablement les incidences du projet (mémoire des Ts’elxwéyeqw, paragraphe 110). Ces prétentions sont difficiles, voire impossibles, à évaluer, car les Ts’elxwéyeqw ne renvoient pas au dossier et ne précisent pas les mesures qu’ils visent dans leurs prétentions. Ils affirment en outre [TRADUCTION] « que s’engager à présenter des rapports [...] n’équivaut pas non plus à s’engager à véritablement mettre en œuvre des mesures d’atténuation adéquates » (mémoire des Ts’elxwéyeqw, paragraphe 110). Cette prétention ne renvoie pas non plus au dossier; nous ne savons donc pas exactement ce qu’ils font valoir. Leur plaidoirie ne nous a pas permis d’y voir plus clair. Ces prétentions non étayées ne permettent aucunement de démontrer que l’approbation du projet par le gouverneur en conseil était déraisonnable.

[219] De même, les Ts’elxwéyeqw affirment que certaines des mesures d’accommodement qui leur avaient

extended to the other applicants, thereby suggesting that these accommodations are unresponsive to its specific concerns (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 109). There is, however, nothing wrong with Canada attempting to address concerns that are common to more than one Indigenous group through a common measure (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10585–10604). This is particularly so given the brief and efficient process envisaged in *TWN 2018*.

[220] We note in this respect that nearly all the measures alluded to by Ts'elxwéyeqw are either joint initiatives between Canada and Indigenous groups, or funding measures for Indigenous-led studies to better understand potential Project-related impacts (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10603–10604). Accommodation measures that are to be co-developed with Ts'elxwéyeqw cannot be labelled as “vague” and “not specific”.

- (3) The accommodation measures implemented by Canada address the shortcomings identified in *TWN 2018*

[221] When regard is had to the first of the six measures proposed by Canada to remedy the shortcomings highlighted in *TWN 2018*—proper consideration of the ICA—it is apparent from the earlier analysis that the accommodation measures taken by Canada to respond to the ICA and the 89 recommendations were anything but “generic, conceptual, [and] not specific”. As to the sixth measure, the question whether Canada adequately considered Ts'elxwéyeqw's established fishing right is addressed and answered in paragraphs 245 to 253 below.

[222] The fifth measure—the amendment of NEB Condition 6—although not exclusive to Ts'elxwéyeqw or the Stó:lō, operates to their benefit. This measure makes Trans Mountain's commitments binding and enforceable. It was advanced in response to this Court's concern in *TWN 2018* that Trans Mountain had a history of not following through with its commitments (*TWN 2018*,

été proposées avaient également été offertes à d'autres demanderesse, ce qui laisse entendre qu'elles n'étaient pas adaptées à leurs préoccupations propres (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 109). Or, on ne peut reprocher au Canada d'avoir tenté de répondre à des préoccupations que partagent plus d'un groupe autochtone par le truchement d'une même mesure (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 10585 à 10604). Tout particulièrement compte tenu du processus bref et efficace envisagé dans l'arrêt *TWN 2018*.

[220] Soulignons à cet égard que presque toutes les mesures mentionnées par les Ts'elxwéyeqw constituent soit des initiatives de collaboration entre le Canada et les groupes autochtones, soit du financement offert aux groupes autochtones pour entreprendre des études visant à comprendre davantage les incidences possibles du projet (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 10603 à 10604). Les mesures d'accommodement qui seront élaborées en collaboration avec les Ts'elxwéyeqw ne sauraient être qualifiées de « vagues » et « non adaptées ».

- 3) Les mesures d'accommodement mises en œuvre par le Canada pallient les lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*

[221] Si l'on examine la première des six mesures proposées par le Canada pour pallier les lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*, soit un examen en bonne et due forme de l'ECI, il ressort de l'analyse précédente que les mesures d'accommodement prises par le Canada pour répondre à l'ECI et aux 89 recommandations étaient tout sauf « générales, conceptuelles [et] non adaptées ». Quant à la sixième mesure, la question de savoir si le Canada a véritablement tenu compte du droit de pêche établi des Ts'elxwéyeqw est examinée et tranchée aux paragraphes 245 à 253 des présents motifs.

[222] La cinquième mesure, celle qui concerne la modification de la condition 6 établie par l'Office, bien qu'elle ne soit exclusive aux Ts'elxwéyeqw ou aux Stó:lō, joue tout de même en faveur de ces derniers. Cette mesure rend exécutoires les engagements pris par Trans Mountain. Elle a été mise de l'avant en réponse à la préoccupation énoncée par la Cour dans l'arrêt *TWN*

paragraph. 715). Insofar as amended Condition 6 makes any commitment tailored to Ts'elxwéyeqw's concerns enforceable, it cannot reasonably be contended that such an accommodation is "vague" or "conceptual".

[223] By the same token, the fact that some of these commitments have a post-approval impact is not a ground for complaint. What matters is that the CER has been vested with the responsibility of ensuring that Trans Mountain's commitments are complied with.

[224] Further, no direct argument is made by Ts'elxwéyeqw about the lack of responsiveness or specificity of the second, third and fourth accommodation measures proposed during the renewed consultation process. We nevertheless offer a few comments.

[225] The second and fourth accommodation measures are on their face specific and responsive to the precise flaws identified in *TWN 2018*—that Canada failed to address the Stó:lō's position that Lightning Rock is a "no go" area and failed to accommodate the request to select Indigenous monitors. Nothing more needs to be said as to their adequacy. The third accommodation measure—the inclusion of Stó:lō cultural sites in the Project design—requires some elaboration.

[226] This measure was devised in response to Canada's earlier failure, identified in *TWN 2018*, to ensure that the Stó:lō cultural sites were incorporated into the Project design. Specifically, Canada had failed to meaningfully engage with the Stó:lō on their traditional knowledge, including the location of Stó:lō cultural sites (*TWN 2018*, paragraphs 712, 715). In contrast, this accommodation is demonstrably the by-product of a meaningful two-way dialogue about the protection of Stó:lō cultural sites along the Project corridor.

[227] Indeed, the environmental alignment sheets, to be used by Trans Mountain during construction, were

*2018* voulant que Trans Mountain était réputée ne pas respecter ses engagements (*TWN 2018*, paragraphe 715). Si la condition 6 modifiée permet d'assurer le respect de tout engagement susceptible de répondre aux besoins des Ts'elxwéyeqw, on ne peut raisonnablement affirmer que pareille mesure d'accommodement est « vague » ou « conceptuelle ».

[223] De même, le fait que certains des engagements n'auront effet qu'après l'approbation ne saurait justifier un mécontentement. Ce qui importe, c'est que la Régie est investie de la responsabilité de vérifier que Trans Mountain respecte ses engagements.

[224] De plus, les Ts'elxwéyeqw ne présentent aucun argument reprochant directement le manque d'adéquation des deuxième, troisième et quatrième mesures d'accommodement proposées au cours de la nouvelle ronde de consultations. Nous offrons néanmoins quelques remarques.

[225] *A priori*, les deuxième et quatrième mesures d'accommodement sont précises et répondent aux lacunes relevées dans l'arrêt *TWN 2018*, c'est-à-dire que le Canada n'a pas tenu compte de l'argument des Stó:lō selon lequel Lightning Rock devait être une zone interdite et n'a pas donné suite au désir exprimé quant au choix de surveillants autochtones. Point n'est besoin d'en dire davantage à ce sujet. La troisième mesure d'accommodement, à savoir l'inclusion des sites culturels des Stó:lō dans la conception du projet, nécessite qu'on s'y attarde.

[226] Cette mesure a été adoptée parce que le Canada n'avait pas veillé à ce que les sites culturels des Stó:lō soient inclus dans la conception du projet, ce que la Cour avait remarqué dans l'affaire *TWN 2018*. Plus particulièrement, le Canada n'avait pas véritablement tenu compte des connaissances traditionnelles des Stó:lō, y compris l'emplacement de leurs sites culturels (*TWN 2018*, paragraphes 712 et 715). En revanche, cette mesure d'accommodement résulte manifestement d'un véritable dialogue sur la protection des sites culturels des Stó:lō le long du couloir qu'empruntera le projet.

[227] En effet, les cartes-tracés environnementales dont se servira Trans Mountain pendant les travaux ont

modified to include the location of Stó:lō cultural sites identified by Ts'elxwéyeqw. We note as well that commitments made by Trans Mountain are in place to work with Ts'elxwéyeqw to ensure each site will be adequately protected.

[228] These commitments include ensuring Stó:lō sites are included in Trans Mountain's final alignment sheets used during construction; updating Trans Mountain's Resource Specific Mitigation Tables to ensure that mitigation measures are specific to various types of cultural sites; providing Stó:lō representatives opportunities to deliver cultural awareness training to Trans Mountain staff and contractors; incorporating information regarding the cultural site boundaries identified by Stó:lō when considering appropriate mitigation measures; and meeting with Stó:lō to discuss timeframes for construction that respect Stó:lō cultural practices and events (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 12779–12780). Beyond these commitments, amended NEB Condition 100 provides that Trans Mountain must take mitigation measures to reduce or eliminate, to the extent possible, Project effects on cultural sites during construction. Additionally, as noted above, Canada offered a further \$250 000 in funding to facilitate the protection of cultural sites, through the Terrestrial Studies Initiative.

[229] It can be seen from this review that the measures proposed by Canada to address the particular shortcomings identified by this Court in *TWN 2018* were neither generic nor vague. Given that Ts'elxwéyeqw has not pointed to any precise measure proposed during the renewed consultations—aside from the measures common to more than one group dealt with above—that would be unresponsive to its concerns, we see no reason to conclude that the Governor in Council's decision was unreasonable (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 107–109).

[230] We are satisfied that it was open to the Governor in Council to conclude that the consultations conducted

été modifiées de sorte qu'y figurent dorénavant les sites culturels des Stó:lō indiqués par les Ts'elxwéyeqw. Nous signalons également que Trans Mountain a pris des engagements en vue de collaborer avec les Ts'elxwéyeqw pour veiller à la protection adéquate de chaque site.

[228] Au nombre de ces engagements, signalons notamment qu'on veillera à ce que les sites des Stó:lō figurent sur les cartes-tracés finales qui serviront à Trans Mountain pendant les travaux; on mettra à jour les tableaux de mesures d'atténuation propres aux ressources de Trans Mountain pour faire en sorte que les mesures d'accommodement soient adaptées aux divers types de sites culturels; on donnera aux représentants des Stó:lō l'occasion de présenter des séances de formation sur la sensibilisation culturelle au personnel de Trans Mountain et à ses sous-traitants; on tiendra compte des renseignements sur les bornes des sites culturels fournis par les Stó:lō quand il est question d'envisager les mesures d'atténuation qui conviennent; on discutera avec les Stó:lō des délais des travaux qui respectent leurs coutumes et activités culturelles (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 12779 à 12780). Outre ces engagements, la condition 100 modifiée oblige Trans Mountain à prendre des mesures d'atténuation pour réduire dans la mesure du possible, voire éviter complètement, les effets du projet sur les sites culturels pendant les travaux. En outre, comme nous le mentionnons plus haut, le Canada a offert 250 000 \$ de plus pour améliorer la protection des sites culturels, grâce à l'initiative relative aux études terrestres.

[229] Il ressort de l'analyse qui précède que les mesures proposées par le Canada pour pallier les lacunes précises relevées par la Cour dans l'arrêt *TWN 2018* n'étaient ni générales ni vagues. Étant donné que les Ts'elxwéyeqw n'ont pas soulevé de mesure précise proposée durant la nouvelle ronde de consultations, hormis celles qui concernaient plus d'un groupe et dont nous discutons plus haut, qui ne répond pas à leurs préoccupations, rien ne nous permet de conclure que la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 107 à 109).

[230] Nous sommes convaincus qu'il était loisible au gouverneur en conseil de conclure que les consultations

in the aftermath of *TWN 2018* have been adequate and have resulted in measures that address Ts'elxwéyeqw's concerns in a meaningful way.

- (4) Canada re-initiated consultations in a timely manner and did not truncate their execution

[231] Ts'elxwéyeqw argues first that Canada spent months establishing how the re-initiated consultations would take place and then “sped through execution”, thereby denying Ts'elxwéyeqw the opportunity for meaningful two-way dialogue (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 95). It also contends that in imposing this timeline on Ts'elxwéyeqw, Canada overlooked the fact that in contrast with Canada and Trans Mountain, it has limited capacity in terms of staff, knowledge holders and leaders, and that all of these individuals had other responsibilities to attend to (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 97).

[232] Ts'elxwéyeqw first blames Canada for “sitting on its hands” from September 2018, when the Order in Council referring the matter back to the NEB for reconsideration was issued, to January 2019, when the first face-to-face meeting with representatives of Canada took place (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 12445; memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 29–38). In response, Canada acknowledges that during the initial months, it was putting in place a team from across the federal government, and conducting significant preparatory work. It also points out that meetings did take place before January, namely one with Minister Sohi in early October 2018 and a roundtable discussion headed by former Justice Frank Iacobucci on December 11, 2018.

[233] As well, it is useful to recall that the Governor in Council also referred the matter back to the NEB for reconsideration so that Project-related marine shipping impacts could be taken into account (Order in Council, page 3, fourth whole paragraph). Ts'elxwéyeqw participated extensively in the Reconsideration Hearing as an intervener and repeatedly raised its limited capacity to engage in multiple activities at once with both the NEB through the Reconsideration Hearing and with

menées par suite de l'arrêt *TWN 2018* étaient adéquates et ont abouti à des mesures qui répondent véritablement aux préoccupations des Ts'elxwéyeqw.

- 4) Le Canada n'a pas tardé à reprendre les consultations et n'en a pas écourté la réalisation

[231] Les Ts'elxwéyeqw soutiennent d'abord que le Canada a mis des mois à établir les paramètres de la nouvelle ronde de consultations pour ensuite en [TRADUCTION] « hâter l'exécution », ce qui les a privés de la tenue d'un véritable dialogue (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 95). Ils affirment également qu'en leur imposant ces délais, le Canada a négligé le fait qu'ils disposent de ressources limitées, contrairement au Canada et à Trans Mountain, en fait de personnel, de détenteurs du savoir traditionnel ou de dirigeants, et que toutes ces personnes devaient vaquer à d'autres obligations (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 97).

[232] Tout d'abord, les Ts'elxwéyeqw accusent le Canada de s'être [TRADUCTION] « tourné les pouces » de septembre 2018, quand le décret renvoyant l'affaire à l'Office pour réexamen a été délivré, à janvier 2019, quand la première réunion avec les représentants du Canada a eu lieu (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 12445; mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 29 à 38). En réponse, le Canada reconnaît qu'au cours des premiers mois, il s'affairait à assembler une équipe formée de représentants de divers secteurs de l'administration fédérale et à mener d'importants travaux préparatoires. Il souligne également la tenue de réunions avant janvier, dont une au début du mois d'octobre 2018 avec le ministre Sohi ainsi qu'une table ronde présidée par l'ancien juge Frank Iacobucci, qui s'est déroulée le 11 décembre 2018.

[233] En outre, il est utile de rappeler que le gouverneur en conseil a également renvoyé l'affaire à l'Office pour réexamen à la lumière des répercussions du transport maritime découlant du projet (décret, page 3, quatrième paragraphe entier). Les Ts'elxwéyeqw ont participé activement à l'audience de réexamen à titre d'intervenants et ont rappelé à maintes reprises, à l'Office lors de l'audience de réexamen et au Canada directement, qu'ils n'avaient pas les ressources suffisantes pour

Canada directly (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraphs 27, 56; Ardell affidavit, paragraphs 23–25, 31, Ts'elxwéyeqw record, pages 582–584). Beyond the fact that the consultation process could not be fully operative instantly (memorandum of Canada, paragraphs 21–22), it would have been inappropriate for Canada to require Ts'elxwéyeqw to engage in more substantive discussion while the NEB process was on-going. Moreover, this Court explained in *TWN 2018* that Phase III of the consultation process was designed to address any outstanding concerns following the NEB hearing process (Phase II), and provide Canada with the opportunity to propose appropriate accommodation measures to remedy these issues (*TWN 2018*, paragraph 530). Canada cannot be faulted for engaging with Ts'elxwéyeqw more intensively following the NEB process.

[234] Ts'elxwéyeqw further contends that once Phase III was re-initiated, Canada truncated its execution. At the first consultation meeting held on January 17, 2019, Ts'elxwéyeqw and Canada agreed that the ICA was a critical part of the renewed consultations and that the technical workshops would provide an opportunity to review mitigation measures proposed by Canada and Trans Mountain. Also essential to addressing the 89 recommendations was the Crown ICA responses. As noted earlier, Ts'elxwéyeqw insisted on waiting for Trans Mountain's updated ICA responses to hold the workshops on the ICA despite having Canada's analysis of the ICA in hand since early March 2019. Ts'elxwéyeqw insists that it was “always clear that it was only after receiving and having adequate time to review information such as the Crown ICA Response, [and] the [Trans Mountain] ICA Response ... that ... [w]orkshops could be held” (memorandum of Ts'elxwéyeqw, paragraph 101). Instead, a review of the record suggests that Ts'elxwéyeqw was engaged in a delay exercise.

[235] Indeed, Canada was ready and willing to hold the first workshop on February 20, 2019, but Ts'elxwéyeqw declined (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1307):

mener à bien de multiples tâches en même temps (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphes 27 et 56, affidavit de Keri Ardell, paragraphes 23 à 25 et 31; dossier des Ts'elxwéyeqw, pages 582 à 584). Mis à part l'impossibilité de reprendre sur-le-champ les consultations (mémoire du Canada, paragraphes 21 à 22), il n'aurait pas été judicieux que le Canada exige la participation des Ts'elxwéyeqw à de plus amples discussions avant la fin du processus de l'Office. Qui plus est, la Cour explique dans l'arrêt *TWN 2018* que l'étape III des consultations a été conçue pour répondre aux préoccupations qui demeurent après la procédure d'audience de l'Office (étape II) et donne au Canada l'occasion de proposer des mesures d'accommodement convenables pour y remédier (*TWN 2018*, paragraphe 530). On ne peut reprocher au Canada d'avoir accru sa collaboration avec les Ts'elxwéyeqw après le processus devant l'Office.

[234] Les Ts'elxwéyeqw soutiennent également qu'une fois que l'étape III a été enclenchée à nouveau, le Canada en a écourté la réalisation. À leur première réunion de consultation, le 17 janvier 2019, les Ts'elxwéyeqw et le Canada ont convenu que l'ECI jouerait un rôle essentiel dans la nouvelle série de consultations et que les ateliers techniques allaient donner l'occasion de prendre connaissance des mesures d'atténuation des risques proposées par le Canada et Trans Mountain. En outre, les réponses de la Couronne à l'ECI étaient essentielles à la mise en œuvre des 89 recommandations. Comme nous le mentionnons plus haut, les Ts'elxwéyeqw ont refusé de tenir les ateliers sur l'ECI avant de disposer des réponses mises à jour de Trans Mountain à l'ECI, et ce même s'ils avaient, depuis le début du mois de mars 2019, l'analyse de l'ECI réalisée par le Canada. Selon les Ts'elxwéyeqw, il [TRADUCTION] « ne faisait aucun doute que ce ne serait qu'après avoir reçu les renseignements comme la réponse de la Couronne à l'ECI [et] la réponse à l'ECI [de Trans Mountain] [...], et avoir eu suffisamment de temps pour en prendre connaissance que [d]es ateliers pourraient être tenus » (mémoire des Ts'elxwéyeqw, paragraphe 101). Or, il ressort du dossier qu'il s'agissait de manœuvres dilatoires de la part des Ts'elxwéyeqw.

[235] En effet, le Canada était disposé à tenir le premier atelier le 20 février 2019, mais les Ts'elxwéyeqw ont refusé d'y assister, (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1307) :

In order for the Tribe to identify the right individuals to form part of our working group, we would like to see the responses from the various Federal departments on the ICA/89 recommendations which we understand is not going to be available to circulate to us until February 15. This does not leave us sufficient time to review and ensure all of the right people can be present on the 20th. [Emphasis added.]

[236] Canada agreed by email on the same day, noting it was available February 25 to February 28 to hold the first workshop (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1306).

[237] On February 14, 2019, Canada sent draft agendas for the workshops to Ts'elxwéyeqw for comment and asked Ts'elxwéyeqw to confirm whether it was available for the first two technical workshops in the week of March 4 to March 8, 2019 and the week of March 25 to April 1, 2019 (Exhibit M to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 1318). On February 22, 2019, Ts'elxwéyeqw responded that it would get back to Canada once it had reviewed the agenda and considered the potential dates (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10290).

[238] Ts'elxwéyeqw emailed Canada three days later and stated that it could not yet meet (Exhibit R to the Ardell affidavit, Ts'elxwéyeqw record, pages 1341–1342):

The Tribe has taken steps to identify and coordinate the individuals who will form part of the technical working group; however, we have not received Canada's comments on the ICA and 89 recommendations which is critical for the working group to move forward in a timely way. If you can provide an update on the timing for us to receive this, it will assist in scheduling the first working group meeting and ensuring that all of the appropriate individuals have been identified. [Emphasis added.]

[239] Canada replied that the first draft would be issued before the first workshop was held and, during a teleconference that took place on March 1, 2019, it committed to providing Ts'elxwéyeqw with this document

[TRADUCTION] Pour que la tribu nomme les bonnes personnes à son groupe de travail, nous souhaiterions prendre connaissance des réponses des divers ministères fédéraux à l'égard de l'ECI et des 89 recommandations. Nous avons été informés qu'elles ne nous seraient pas transmises avant le 15 février. Nous ne disposons pas de suffisamment de temps pour les lire et faire en sorte que toutes les bonnes personnes soient présentes le 20. [Non souligné dans l'original.]

[236] Le Canada a accepté par courriel le même jour et a précisé la possibilité de tenir le premier atelier entre le 25 et le 28 février (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1306).

[237] Le 14 février 2019, le Canada a transmis les ordres du jour provisoires des ateliers aux Ts'elxwéyeqw pour solliciter leurs commentaires. Il demandait également aux Ts'elxwéyeqw de confirmer leurs disponibilités pour les deux premiers ateliers techniques prévus pour la semaine du 4 au 8 mars 2019 et celle du 25 mars au 1<sup>er</sup> avril (pièce M de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 1318). Le 22 février 2019, les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils allaient d'abord prendre connaissance des ordres du jour et des dates proposées (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10290).

[238] Les Ts'elxwéyeqw ont informé le Canada par courriel trois jours plus tard qu'ils ne pouvaient toujours pas assister à une rencontre (pièce R de l'affidavit de Keri Ardell, dossier des Ts'elxwéyeqw, pages 1341 à 1342) :

[TRADUCTION] La tribu a commencé à trouver et à coordonner les personnes qui composeront le groupe de travail technique; cependant, nous n'avons pas reçu les commentaires du Canada sur l'ECI et les 89 recommandations, qui sont essentiels à la bonne marche des activités du groupe de travail. Si vous pouvez nous informer de la date à laquelle vous envisagez de nous les transmettre, nous serions en mesure de planifier la première réunion du groupe de travail et de veiller à ce que les bonnes personnes y soient conviées. [Non souligné dans l'original.]

[239] Le Canada a répondu que la première ébauche leur serait transmise avant la tenue du premier atelier et, au cours d'une conférence téléphonique qui s'est tenue le 1<sup>er</sup> mars 2019, il s'est engagé à la leur fournir au plus

by March 6, 2019, which it did (Dekker affidavit, paragraphs 42, 44(c), 45, Canada record, pages 9584, 9586).

[240] On March 18, 2019, Ts'elxwéyeqw sent a letter (dated March 14, 2019) to Prime Minister Justin Trudeau outlining its outstanding concerns with the renewed consultation. On the topic of the technical workshops, it decried the fact that Canada had only submitted its responses in March, despite having the ICA for five years (Exhibit P to the Jimmie affidavit, Ts'elxwéyeqw record, page 90). During a teleconference held on the same day between Canada and Ts'elxwéyeqw, Canada again requested confirmation of dates when the workshops could take place, but Ts'elxwéyeqw advised "that they intend[ed] to consult internally ... and that they were unable to commit to dates at that time" (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 12447).

[241] Canada again tried to schedule the technical workshops on March 21, 2019, but Ts'elxwéyeqw did not respond (Dekker affidavit, paragraph 51, Canada record, page 9589). On April 2, 2019, Canada suggested dates for two technical workshops between April 15 and April 26, 2019 (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10605). Ts'elxwéyeqw informed Canada by email two days later that it required Trans Mountain's updated response to the 89 recommendations before it would respond to Canada's analysis and participate in the workshops (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, page 10652):

The Tribe also remains eager to set the meeting schedule for the technical working groups; however, the most pressing concern is ensuring that this work is done right. ... [W]e requested a timeline from [Trans Mountain] to update alignment sheets with Stó:lō cultural sites .... ... [Trans Mountain] is in the process of preparing an updated response to the 89 recommendations. The Tribe requires this before providing its response to Canada's analysis. It is not efficient for the Tribe to respond to Canada and then be required to prepare a further response after receiving [Trans Mountain]'s analysis. In the Tribe's view, these steps are critical prerequisites to the technical

tard le 6 mars 2019, ce qu'il a fait (affidavit de Corey Dekker, paragraphes 42, 44(c) et 45, dossier du Canada, pages 9584 et 9586).

[240] Le 18 mars 2019, les Ts'elxwéyeqw ont écrit au premier ministre Trudeau (lettre en date du 14 mars 2019) pour résumer leurs préoccupations continues à propos de la nouvelle série de consultations. Au sujet des ateliers techniques, ils reprochaient au Canada de n'avoir fourni ses réponses à l'ECI qu'en mars, alors qu'il disposait du document depuis cinq ans (pièce P de l'affidavit de David Jimmie, dossier des Ts'elxwéyeqw, page 90). Au cours d'une conférence téléphonique qui s'est tenue le jour même, le Canada a demandé à nouveau aux Ts'elxwéyeqw de confirmer les dates possibles pour la tenue des ateliers, mais les Ts'elxwéyeqw ont répondu qu'ils avaient [TRADUCTION] « l'intention de consulter leurs membres [...] et ne p[ro]uv[ai]ent s'engager pour l'instant » (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 12447).

[241] Le 21 mars 2019, le Canada a tenté de nouveau de prévoir les dates des ateliers techniques, mais les Ts'elxwéyeqw n'ont pas répondu (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 51, dossier du Canada, page 9589). Le 2 avril 2019, le Canada a proposé des dates pour la tenue de deux ateliers techniques, entre le 15 et le 26 avril 2019 (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10605). Les Ts'elxwéyeqw ont informé le Canada par courriel deux jours plus tard qu'il leur fallait recevoir les réponses mises à jour de Trans Mountain aux 89 recommandations pour être en mesure de répondre à l'analyse du Canada et de participer aux ateliers (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, page 10652) :

[TRADUCTION] La tribu a également très hâte de fixer le calendrier des groupes de travail techniques. Toutefois, sa principale préoccupation consiste à veiller à ce que les travaux soient bien faits. [...] [N]ous avons demandé à Trans Mountain de nous dire quand les cartes-tracés seraient mises à jour en fonction des sites culturels des Stó:lō [...]. [...] [Trans Mountain] est en voie de mettre à jour sa réponse aux 89 recommandations. La tribu a besoin de ce document pour fournir sa réponse à l'analyse du Canada. Il n'est pas efficace pour la tribu de répondre au Canada pour être ensuite contrainte à préparer une autre réponse une fois qu'elle aura reçu l'analyse de [Trans Mountain].

working groups' work as it will inform the analysis to be undertaken concerning the gaps between the ICA, alignment sheets and EPPs. ... [T]he Tribe may be available to meet the week of April 22nd or the week of May 6th .... [Emphasis added.]

[242] While it was not unreasonable for Ts'elxwéyeqw to seek to maximize efficiency, this had to be done with some regard to the available time. Having all the elements in place for effective consultations without any time left for the actual consultations was not the proper course in the circumstances.

[243] Notably, although scheduling the workshops was discussed numerous times since January 2019, Trans Mountain's ICA response was referred to as a condition precedent for the holding of the workshops for the first time in April 2019.

[244] Based on the foregoing, it cannot seriously be argued that Canada failed to re-initiate consultation in a timely manner and then truncated its execution. Canada made every effort to schedule the workshops and substantially engage with Ts'elxwéyeqw on the ICA and the 89 recommendations, but was consistently faced with refusals to set dates. Additionally, Ts'elxwéyeqw did not provide its response to Canada's analysis of the 89 recommendations sent on March 6, 2019, until May 3, 2019 (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 11489–11490).

- (5) Canada was not required to engage in the infringement and justification analysis of Ts'elxwéyeqw's established fishing right

[245] The last flaw identified in *TWN 2018* was Canada's failure to make any mention of the Stó:lō's constitutionally protected right to fish, and show how this constitutionally protected right would be taken into account (*TWN 2018*, paragraph 727). The Court also noted that there was no explanation as to how the consultation process affected Canada's ultimate assessment

De l'avis de la tribu, ces étapes doivent absolument précéder les activités des groupes de travail techniques, car elles éclaireront l'analyse qui permettra de déterminer les éléments manquants de l'ECI, des cartes-tracés et des PPE. [...] [L]a tribu pourrait être disponible pour une réunion au cours de la semaine du 22 avril ou celle du 6 mai [...]. [Non souligné dans l'original.]

[242] S'il n'était pas déraisonnable pour les Ts'elxwéyeqw de chercher à optimiser leurs efforts, il leur fallait tenir compte des délais. Faire en sorte d'avoir en place tous les éléments nécessaires à des consultations efficaces sans prévoir une période suffisante au déroulement de celles-ci ne constitue pas une ligne de conduite appropriée en l'espèce.

[243] Il convient de souligner que, si la planification des ateliers a fait l'objet d'échanges à plusieurs reprises depuis janvier 2019, ce n'est qu'en avril de la même année que la réponse de Trans Mountain à l'ECI est mentionnée pour la première fois comme condition préalable à la tenue des ateliers.

[244] À la lumière de ce qui précède, on ne peut sérieusement prétendre que le Canada a tardé à reprendre les consultations pour en écourter par la suite la réalisation. Le Canada a fait tout ce qui était en son pouvoir pour fixer la date des ateliers et pour avoir avec les Ts'elxwéyeqw des discussions approfondies sur l'ECI et les 89 recommandations, mais n'a essuyé que des refus à cet égard. En outre, les Ts'elxwéyeqw n'ont répondu à l'analyse que le Canada leur avait fournie des 89 recommandations le 6 mars 2019 que le 3 mai 2019 (pièce A de l'affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 11489 à 11490).

- 5) Le Canada n'était pas tenu de procéder à l'analyse de l'atteinte au droit établi de pêche des Ts'elxwéyeqw et de sa justification

[245] La dernière lacune recensée dans l'arrêt *TWN 2018* concernait le silence du Canada à propos du droit de pêche que la Constitution accorde aux Stó:lō et du poids qu'il allait accorder à ce droit (*TWN 2018*, paragraphe 727). La Cour a également signalé l'absence d'explication sur le rôle des consultations dans l'évaluation ultime de l'incidence du projet sur les Stó:lō.

of the impact of the Project on the Stó:lō. It then added that “[m]eaningful consultation required something more than simply repeating the Board’s findings and conditions without grappling with the specific concerns raised by the Stó:lō about those same findings” (*TWN 2018*, paragraph 727).

[246] The record shows unequivocally that during the renewed consultation process, Canada acknowledged Ts’elxwéyeqw’s constitutionally protected Aboriginal right to fish and took this right into account in assessing Project impacts (Exhibit A to the Dekker affidavit, Canada record, pages 10186–10188; Exhibit R to the Jimmie affidavit, Ts’elxwéyeqw record, page 116). Canada’s position was that potential impacts to water and marine life were adequately mitigated or accommodated through NEB Conditions, new and existing Trans Mountain commitments, and federal accommodation initiatives (memorandum of Canada, paragraph 226).

[247] The new commitments included in particular Trans Mountain’s undertaking to use Ts’elxwéyeqw (Stó:lō) traditional and technical knowledge and data in creating Trans Mountain’s watercourse crossing inventories and plans. As well, Trans Mountain committed to treat waterbodies classified as non-fish-bearing but with hydrological connectivity to fish-bearing waters as potentially fish-bearing, and in the event that a contingency open cut crossing method was required (i.e., without flow isolation), to provide notice to Stó:lō.

[248] Ts’elxwéyeqw has not shown that the Governor in Council acted unreasonably in approving the Project on the basis that in conducting the renewed consultation, Canada failed to take into account Ts’elxwéyeqw’s constitutionally protected fishing right.

[249] Finally, Ts’elxwéyeqw contends that Canada’s legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. It argues that Canada ought to have engaged in a *Sparrow*-type justification analysis based on the alleged infringement of its established fishing

Et d’ajouter « [d]e véritables consultations ne se résument pas à réitérer les conclusions de l’Office et ses conditions, sans examiner les préoccupations particulières soulevées par les Stó:lō sur ces conclusions » (*TWN 2018*, paragraphe 727).

[246] Il ressort indubitablement du dossier qu’au cours de la nouvelle ronde de consultations, le Canada a reconnu le droit de pêche ancestral établi des Ts’elxwéyeqw et qu’il en a tenu compte dans son évaluation des incidences du projet (pièce A de l’affidavit de Corey Dekker, dossier du Canada, pages 10186 à 10188; pièce R de l’affidavit de David Jimmie, dossier des Ts’elxwéyeqw, page 116). Selon la thèse du Canada, les conditions imposées par l’Office, les engagements initiaux et ultérieurs pris par Trans Mountain et les initiatives fédérales d’accommodement ont permis d’atténuer adéquatement les risques pour l’eau et la faune aquatique (mémoire du Canada, paragraphe 226).

[247] Les nouveaux engagements pris par Trans Mountain comptaient notamment celui de mettre à profit les connaissances traditionnelles et techniques des Ts’elxwéyeqw (Stó:lō) ainsi que leurs données pour établir l’inventaire des franchissements de cours d’eau et les plans à cet égard. En outre, Trans Mountain s’est engagée à traiter comme des plans d’eau potentiellement poissonneux ceux qui n’ont pas été classés ainsi, mais qui sont reliés, sur le plan hydrologique, à ceux qui le sont et à aviser les Stó:lō si un ouvrage de franchissement à ciel ouvert (c.-à-d. sans isolement du cours d’eau) se révélait nécessaire.

[248] Les Ts’elxwéyeqw n’ont pas démontré que le gouverneur en conseil avait approuvé le projet de manière déraisonnable par leur argument voulant que le Canada, au cours de la nouvelle ronde de consultations, n’eût pas tenu compte du droit de pêche que la Constitution reconnaît aux Ts’elxwéyeqw.

[249] Enfin, les Ts’elxwéyeqw soutiennent que la thèse juridique du Canada à propos du droit de pêche protégé par la Constitution était viciée. Selon eux, le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l’arrêt *Sparrow* et fondée

right (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, pages 1113–1119, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385) as part of the consultation process because, according to Ts’elxwéyeqw, the justification analysis forms part of the duty to consult and accommodate.

[250] Although the argument relating to the content of the duty to consult was before the Court in *TWN 2018*, it went unaddressed by reason of the Court’s finding that no consultation had taken place with respect to Stó:lō’s established right to fish (memorandum of Stó:lō in Docket A-78-17, paragraphs 62–78). The argument is therefore within the scope of the Leave Order and appropriately before us.

[251] In our view, there is no merit to Ts’elxwéyeqw’s contention. The consultation process and the justification process occur at different points in time and address different circumstances. The consultation framework aims to prevent potential infringement of Aboriginal rights, whereas the justification analysis is intended to justify a *prima facie* infringement that has been demonstrated. Finding that the duty to consult and accommodate requires as a starting point the need to justify the infringement of an Aboriginal right is putting the cart before the horse, as the former seeks to prevent the latter. In *Beckman*, the Supreme Court described the consultation process as an attempt “to head off confrontations [when an infringement is alleged] by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established” (paragraph 53). Additionally, concluding otherwise would lead to a circular result, the first step of the justification analysis being whether the Crown has discharged its procedural duty to consult and accommodate (*Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, paragraph 77).

[252] Moreover, this Court in *Prophet River First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 15, 408 D.L.R. (4th) 165 (*Prophet River FCA*), held that the Governor in Council, when making a decision under subsection 52(4) of the *Canadian Environmental*

sur l’atteinte contestée à leur droit de pêche établi (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, pages 1113 à 1119, 1990 CanLII 104) au cours des consultations, car selon eux, l’analyse de la justification fait partie de l’obligation de consultation et d’accommodement.

[250] Si l’argument relatif à la teneur de l’obligation de consultation était devant la Cour dans l’affaire *TWN 2018*, il n’a pas été tranché, la Cour ayant conclu à l’absence de consultations au sujet du droit de pêche établi des Stó:lō (mémoire des Stó:lō dans le dossier A-78-17, paragraphes 62 à 78). Par conséquent, cet argument est visé par l’ordonnance d’autorisation. Nous en sommes donc saisis à bon droit.

[251] À notre avis, la prétention des Ts’elxwéyeqw n’est pas fondée. Les consultations et la justification se déroulent à des moments différents et ont pour objet des circonstances différentes. Le cadre de consultation vise à empêcher une atteinte à des droits ancestraux, alors que l’analyse de justification intervient lorsqu’une atteinte à première vue a été démontrée. Si l’on concluait que l’obligation de consultation et d’accommodement est subordonnée à la nécessité de justifier l’atteinte à un droit ancestral, on mettrait la charrue devant les bœufs, car la première vise à prévenir la seconde. Dans l’arrêt *Beckman*, la Cour suprême décrit le processus de consultation comme une tentative « de prévenir de tels affrontements [si une atteinte est invoquée] en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d’accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d’avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis » (paragraphe 53). En outre, si l’on arrivait à une conclusion différente, on obtiendrait un raisonnement circulaire, car le premier volet de l’analyse de justification consiste à décider si la Couronne s’est acquittée de son obligation procédurale de consultation et d’accommodement (*Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, paragraphe 77).

[252] Qui plus est, la Cour, dans l’arrêt *Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15 (*Prophet River (CAF)*), arrive à la conclusion que le gouverneur en conseil, lorsqu’il prend une décision en vertu du paragraphe 52(4) de la *Loi canadienne*

*Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52 [repealed by S.C. 2019, c. 28, s. 9] did not have the power to determine whether infringements to treaty rights are justified. This is because it “lacks the necessary hallmarks associated with adjudicative bodies: public hearings, ability to summon witnesses and compel production of documents and the receipt of submissions by interested parties” (paragraph 70).

[253] Ts’elxwéyeqw argues that *Prophet River FCA* does not address the question that arises here, i.e., whether the justification analysis forms part of the duty to consult and accommodate, and thus the Crown’s failure to do so is in breach of that duty. That is so. It remains, however, that the rationale advanced in *Prophet River FCA* supports the conclusion drawn above. Accepting that the adjudication of treaty rights (or established Aboriginal rights, akin to treaty rights in that respect) or claimed Aboriginal rights must take place every time an infringement is alleged during the consultation and accommodation process would effectively revert to the pre-*Haida Nation* case law, which led to complex and lengthy litigation (*Prophet River FCA*, paragraphs 36, 57). This was precisely the problem that *Haida Nation* sought to remedy by clearly indicating that negotiations—before an infringement occurs—are the preferred way toward reconciliation between the Crown and Indigenous groups (*Prophet River FCA*, paragraph 57).

[254] In the end, Ts’elxwéyeqw did not show that Canada failed to meet its duty to consult and accommodate during the re-initiated consultations.

## V. Disposition

[255] For the foregoing reasons, the applications for judicial review are dismissed with costs to the respondents.

*sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52 [abrogé par L.C. 2019, ch. 28, art. 9] n’est pas investi du pouvoir de décider si les atteintes aux droits issus de traités sont justifiées. Il en est ainsi, car il « n’a pas les attributs nécessaires des organismes juridictionnels : audiences publiques, capacité d’assigner des témoins et de contraindre à la production de documents et réception des écritures de chacune des parties » (paragraphe 70).

[253] Selon les Ts’elxwéyeqw, l’arrêt *Prophet River (CAF)* ne répond pas à la question qui est soulevée en l’espèce, soit celle de savoir si l’analyse de justification fait partie de l’obligation de consultation et d’accommodement, et donc de savoir si le défaut de la Couronne en la matière constitue un manquement à cette obligation. Nous sommes du même avis. Cependant, le raisonnement énoncé dans l’arrêt *Prophet River (CAF)* étaye la conclusion précédente. Si l’on accepte qu’il faille se prononcer sur les droits issus de traités (ou les droits ancestraux établis, assimilés aux droits issus de traités à cet égard) ou les droits ancestraux revendiqués chaque fois qu’une atteinte à ces droits est soulevée au cours du processus de consultations et d’accommodement, on reviendrait à la jurisprudence qui avait cours avant l’arrêt *Nation haïda*, qui a mené à des litiges complexes et interminables (*Prophet River (CAF)*, paragraphes 36 et 57). C’était précisément le problème auquel l’arrêt *Nation haïda* était censé remédier en indiquant expressément que les négociations — avant l’atteinte — sont le meilleur moyen de concilier les intérêts des groupes autochtones et de la Couronne (*Prophet River (CAF)*, paragraphe 57).

[254] En fin de compte, les Ts’elxwéyeqw n’ont pas démontré que le Canada avait manqué à son obligation de consultation et d’accommodement au cours de la nouvelle série de consultations.

## V. Dispositif

[255] Pour les motifs qui précèdent, les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées avec dépens en faveur des défendeurs.