

**Hamlet of Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River and  
Jerry Natanine** *Appellants*

v.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) and Attorney General of  
Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Nunavut Wildlife Management Board,  
Inuvialuit Regional Corporation and  
Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CLYDE RIVER (HAMLET) v.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 SCC 40**

File No.: 36692.

2016: November 30; 2017: July 26.\*

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Inuit — Treaty rights — Crown  
— Duty to consult — Decision by federal independent  
regulatory agency which could impact upon treaty rights  
— Offshore seismic testing for oil and gas resources po-  
tentially affecting Inuit treaty rights — National Energy  
Board authorizing project — Whether Board’s approval  
process triggered Crown’s duty to consult — Whether*

\* This judgment was amended on October 30, 2017, by adding the footnotes that now appear at paras. 31 and 47 of the English and French versions of the reasons.

**Hameau de Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River et  
Jerry Natanine** *Appellants*

c.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) et procureure générale du  
Canada** *Intimées*

et

**Procureur général de l’Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Conseil de gestion des ressources fauniques  
du Nunavut, Inuvialuit Regional Corporation  
et Chiefs of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CLYDE RIVER (HAMEAU) c.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 CSC 40**

N° du greffe : 36692.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet\*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Inuits — Droits issus de  
traités — Couronne — Obligation de consultation —  
Décision d’un organisme de réglementation fédéral indé-  
pendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits  
issus de traités — Essais sismiques extracôtiers liés aux  
ressources pétrolières et gazières et susceptibles d’avoir  
une incidence sur des droits issus de traités des Inuits —*

\* Ce jugement a été modifié le 30 octobre 2017, par adjonction des notes en bas de page qui figurent maintenant aux par. 31 et 47 des versions anglaise et française des motifs.

*Crown can rely on Board's process to fulfill its duty — Role of Board in considering Crown consultation before approval of project — Whether consultation was adequate in this case — Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 5(1)(b).*

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, is the final decision maker for issuing authorizations for activities such as exploration and drilling for the production of oil and gas in certain designated areas. The proponents applied to the NEB to conduct offshore seismic testing for oil and gas in Nunavut. The proposed testing could negatively affect the treaty rights of the Inuit of Clyde River, who opposed the seismic testing, alleging that the duty to consult had not been fulfilled in relation to it. The NEB granted the requested authorization. It concluded that the proponents made sufficient efforts to consult with Aboriginal groups and that Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB's process. The NEB also concluded that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects. Clyde River applied for judicial review of the NEB's decision. The Federal Court of Appeal found that while the duty to consult had been triggered, the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation, and the Crown's duty to consult had been satisfied in this case by the NEB's process.

*Held:* The appeal should be allowed and the NEB's authorization quashed.

The NEB's approval process, in this case, triggered the duty to consult. Crown conduct which would trigger the duty to consult is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The NEB is not, strictly speaking, "the Crown" or an agent of the Crown. However, it acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. It therefore does not matter whether the final decision maker is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult.

*Projet autorisé par l'Office national de l'énergie — Le processus d'approbation de l'Office a-t-il donné naissance à l'obligation de consulter de la Couronne? — La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation? — Rôle de l'Office dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet — La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce? — Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 5(1)b).*

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, prend en dernier ressort la décision d'autoriser ou non des activités telles la recherche et l'exploitation des ressources pétrolières et gazières dans certains endroits désignés. Les promoteurs ont demandé à l'ONÉ l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières au Nunavut. Les essais proposés pourraient avoir des incidences négatives sur les droits issus de traités des Inuits de Clyde River, qui se sont opposés aux essais sismiques, affirmant qu'il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait à ces essais. L'ONÉ a accordé l'autorisation demandée. Il a conclu que les promoteurs avaient déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones et que ces groupes avaient eu une possibilité adéquate de participer au processus d'évaluation environnementale de l'ONÉ. L'ONÉ a également conclu que les essais n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants. Clyde River a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'ONÉ. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'obligation de consulter avait pris naissance, mais que la Couronne pouvait s'en remettre à l'ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation, et que le processus de l'ONÉ avait permis de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'autorisation de l'ONÉ est annulée.

Dans la présente affaire, le processus d'approbation de l'ONÉ a donné naissance à l'obligation de consulter. Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l'obligation de consulter ne se limitent pas à l'exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. L'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne » ou un mandataire de la Couronne. Cependant, il agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit. Par conséquent, il importe

The substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority.

It is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult. While the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate, it may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures. Also, where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. The NEB has the procedural powers necessary to implement consultation, and the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill the Crown's duty to consult.

The NEB has broad powers to hear and determine all relevant matters of fact and law, and its decisions must conform to s. 35(1) the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty has been fulfilled. The public interest and the duty to consult do not operate in conflict here. The duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest. A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. Above all, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult. Where the Crown's duty to consult remains unfulfilled, the NEB must withhold project

peu que le décideur ultime soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. La substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive.

Il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne. Bien que ce soit toujours à la Couronne qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation, elle peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation de consulter. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accueillir, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. De plus, lorsque la Couronne s'en remet aux processus d'un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s'en remet à un tel processus. L'ONÉ dispose des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations, ainsi que des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accueil à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe.

L'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait, et ses décisions doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne. L'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles en l'espèce. En tant qu'imperatif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public. Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l'ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l'ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs. L'étendue de l'analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Par-dessus tout, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus

approval. Where the NEB fails to do so, its approval decision should be quashed on judicial review.

While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate and fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. The consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the right itself. No consideration was given in the NEB's environmental assessment to the source of the Inuit's treaty rights, nor to the impact of the proposed testing on those rights. Second, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown's duty to conduct the deep consultation that was required here. Limited opportunities for participation and consultation were made available. There were no oral hearings and there was no participant funding. While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. As well, the proponents eventually responded to questions raised during the environmental assessment process in the form of a practically inaccessible document months after the questions were asked. There was no mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations. As well, the changes made to the project as a result of consultation were insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Therefore, the Crown breached its duty to consult in respect of the proposed testing.

### Cases Cited

**Applied:** *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **distinguished:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; **referred to:** *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; R.

de traités prise sur la base d'une consultation inadéquate ne respectera pas l'obligation de consulter. Lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire.

Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, les efforts de consultation et d'accommodement déployés dans le présent cas ont été inadéquats et lacunaires à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le droit lui-même. Dans son évaluation environnementale, l'ONÉ n'a pas pris en considération la source des droits issus de traités des Inuits, ni l'incidence des essais proposés sur ces droits. Deuxièmement, il n'a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s'en remettait aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Enfin, élément le plus important, le processus de l'ONÉ n'a pas permis de satisfaire à l'obligation de la Couronne de mener la consultation approfondie qui était requise dans la présente affaire. Très peu de possibilités de participation et de consultation ont été offertes. Il n'y a pas eu d'audiences en l'espèce ni d'aide financière à l'intention des participants. Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence dans la présente instance a réduit de façon importante la qualité de la consultation. De plus, les promoteurs ont finalement répondu aux questions soulevées durant le processus d'évaluation environnementale, mais au moyen d'un document pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées. Il n'existait aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements. En outre, les changements apportés au projet par suite de la consultation ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En conséquence, la Couronne a manqué à son obligation de consulter en ce qui concerne les essais proposés.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **distinction d'avec l'arrêt :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; **arrêts mentionnés :** *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des*

*v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96; *McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7, ss. 2.1, 3, 5(1)(a), 5(1)(b), 5(4), 5(5), 5.002 [ad. 2015, c. 4, s. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, s. 13], 5.36.

*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.

*Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

*Constitution Act, 1982*, s. 35.

*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 12(2), 16.3, 24.

*National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

### Treaties and Agreements

*Nunavut Land Claims Agreement* (1993).

### Authors Cited

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. "Aboriginal Rights vs. The Public Interest" prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online: [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).

Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

*Forêts*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96; *McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37.

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 12(2), 16.3, 24.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.

*Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 2.1, 3, 5(1)a), 5(1)b), 5(4), 5(5), 5.002 [aj. 2015, c. 4, art. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, art. 13], 5.36.

### Traités et ententes

*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993).

### Doctrine et autres documents cités

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. « Aboriginal Rights vs. The Public Interest » prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (en ligne : [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).

Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

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

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Boivin J.J.A.), 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] F.C.J. No. 991 (QL), 2015 CarswellNat 3750 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. 5554587, June 26, 2014. Appeal allowed.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni and Pam Hrick*, for the appellants.

*Sandy Carpenter and Ian Breneman*, for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., and Peter Southey*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy and Richard Ogden*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Dominique Nouvet, Marie Belleau and Sonya Morgan*, for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated.

Written submissions only by *David Schulze and Nicholas Dodd*, for the intervener the Makivik Corporation.

*Marie-France Major and Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson and Krista Nerland*, for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Boivin), 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] A.C.F. n° 991 (QL), 2015 CarswellNat 12196 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l’Office national de l’énergie, n° 5554587, datée du 26 juin 2014. Pourvoi accueilli.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni et Pam Hrick*, pour les appelants.

*Sandy Carpenter et Ian Breneman*, pour les intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

*Mark R. Kindrachuk, c.r., et Peter Southey*, pour l’intimée la procureure générale du Canada.

*Manizeh Fancy et Richard Ogden*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Richard James Fyfe*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Dominique Nouvet, Marie Belleau et Sonya Morgan*, pour l’intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated.

Argumentation écrite seulement par *David Schulze et Nicholas Dodd*, pour l’intervenante Makivik Corporation.

*Marie-France Major et Thomas Slade*, pour l’intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut.

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson et Krista Nerland*, pour l’intervenante Inuvialuit Regional Corporation.

*Maxime Faille, Jaimie Lickers and Guy Régimbald*, for the interveners the Chiefs of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

### I. Introduction

[1] This Court has on several occasions affirmed the role of the duty to consult in fostering reconciliation between Canada's Indigenous peoples and the Crown. In this appeal, and its companion *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, we consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples before an independent regulatory agency authorizes a project which could impact upon their rights. The Court's jurisprudence shows that the substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority in respect of a project. While the Crown always owes the duty to consult, regulatory processes can partially or completely fulfill this duty.

[2] The Hamlet of Clyde River lies on the north-east coast of Baffin Island, in Nunavut. The community is situated on a flood plain between Patricia Bay and the Arctic Cordillera. Most residents of Clyde River are Inuit, who rely on marine mammals for food and for their economic, cultural, and spiritual well-being. They have harvested marine mammals for generations. The bowhead whale, the narwhal, the ringed, bearded, and harp seals, and the polar bear are of particular importance to them. Under the *Nunavut Land Claims Agreement* (1993), the Inuit of Clyde River ceded all Aboriginal claims, rights, title, and interests in the Nunavut Settlement Area, including Clyde River, in exchange for defined treaty rights, including the right to harvest marine mammals.

*Maxime Faille, Jaimie Lickers et Guy Régimbald*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

### I. Introduction

[1] À plusieurs reprises, la Cour a confirmé la place que tient l'obligation de consultation de la Couronne lorsqu'il s'agit de favoriser la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. Dans le présent pourvoi, ainsi que dans le pourvoi connexe *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099, nous examinons l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'autorise un projet susceptible d'avoir des incidences sur leurs droits. Selon la jurisprudence de notre Cour, la substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive à l'égard d'un projet. Bien que la Couronne soit toujours tenue de consulter, elle peut satisfaire partiellement ou totalement à cette obligation dans le cadre du processus de réglementation.

[2] Le hameau de Clyde River est situé sur la côte nord-est de l'île de Baffin, au Nunavut. La communauté se trouve dans une plaine inondable entre la Baie Patricia et la cordillère arctique. La plupart des résidents sont des Inuits et ils comptent sur les mammifères marins pour se nourrir et assurer leur bien-être économique, culturel et spirituel. Ils récoltent les mammifères marins depuis des générations. Ils accordent une importance particulière à la baleine boréale, au narval, au phoque annelé, au phoque barbu, au phoque du Groenland et à l'ours polaire. Aux termes de l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993), les Inuits de Clyde River ont cédé l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux dans la région du Nunavut, qui comprend Clyde River, contre des droits définis par traité, notamment le droit de récolter des mammifères marins.

[3] In 2011, the respondents TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As and Petroleum Geo-Services Inc. (the proponents) applied to the National Energy Board (NEB) to conduct offshore seismic testing for oil and gas resources. It is undisputed that this testing could negatively affect the harvesting rights of the Inuit of Clyde River. After a period of consultation among the project proponents, the NEB, and affected Inuit communities, the NEB granted the requested authorization.

[4] While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, considering the importance of the established treaty rights at stake and the potential impact of the seismic testing on those rights, we agree with the appellants that the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate. For the reasons set out below, we would therefore allow the appeal and quash the NEB's authorization.

## II. Background

### A. *Legislative Framework*

[5] The *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7 (*COGOA*), aims, in part, to promote responsible exploration for and exploitation of oil and gas resources (s. 2.1). It applies to exploration and drilling for the production, conservation, processing, and transportation of oil and gas in certain designated areas, including Nunavut (s. 3). Engaging in such activities is prohibited without an operating licence under s. 5(1)(a) or an authorization under s. 5(1)(b).

[6] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established by the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*). In this case, it is the final decision maker for issuing an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA*. The NEB has broad discretion to impose requirements for authorization under s. 5(4), and can ask parties to

[3] En 2011, les intimées TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As et Petroleum Geo-Services Inc. (les promoteurs) ont demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières. Nul ne conteste que ces essais pourraient avoir des incidences négatives sur les droits de récolte des Inuits de Clyde River. Après une période de consultation entre les promoteurs du projet, l'ONÉ et les communautés inuites touchées, l'ONÉ a accordé l'autorisation demandée.

[4] Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, vu l'importance des droits issus de traités reconnus en jeu et l'incidence que les essais sismiques pourraient avoir sur ces droits, à l'instar des appelants nous estimons que les efforts de consultation et d'accommodement en l'espèce ont été inadéquats. Pour les motifs qui suivent, nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

## II. Contexte

### A. *Cadre législatif*

[5] La *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7 (*LOPC*), vise en partie à promouvoir la recherche et l'exploitation responsables des ressources pétrolières et gazières (art. 2.1). Elle s'applique à la recherche, notamment par forage, à la production, à la rationalisation de l'exploitation, à la transformation et au transport du pétrole et du gaz dans certains endroits désignés, notamment au Nunavut (art. 3). Il est interdit de se livrer à de telles activités sans avoir obtenu le permis de travaux prévu à l'al. 5(1)a) ou l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b).

[6] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation établi par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). En l'espèce, c'est lui qui prend en dernier ressort la décision d'accorder ou non l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b) de la *LOPC*. L'ONÉ est investi d'un large pouvoir discrétionnaire



provide any information it deems necessary to comply with its statutory mandate (s. 5.31).

#### B. *The Seismic Testing Authorization*

[7] In May 2011, the proponents applied to the NEB for an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA* to conduct seismic testing in Baffin Bay and Davis Strait, adjacent to the area where the Inuit have treaty rights to harvest marine mammals. The proposed testing contemplated towing airguns by ship through a project area. These airguns produce underwater sound waves, which are intended to find and measure underwater geological resources such as petroleum. The testing was to run from July through November, for five successive years.

[8] The NEB launched an environmental assessment of the project.<sup>1</sup>

[9] Clyde River opposed the seismic testing, and filed a petition against it with the NEB in May 2011. In 2012, the proponents responded to requests for further information from the NEB. They held meetings in communities that would be affected by the testing, including Clyde River.

[10] In April and May 2013, the NEB held meetings in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq, and Iqaluit to collect comments from the public on the project. Representatives of the proponents attended these meetings. Community members asked basic questions about the effects of the survey on marine mammals in the region, but the proponents were unable to answer many of them. For example, in

<sup>1</sup> This assessment was initially required under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37. Since its repeal and replacement by the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, the NEB has continued to conduct environmental assessments in relation to proposed projects, taking the position that it is still empowered to do so under *COGOA*.

qui l'habilite à assortir de conditions, en vertu du par. 5(4), les autorisations qu'il délivre, et il peut demander aux parties tout renseignement qu'il juge nécessaire pour s'acquitter du mandat que lui confère la loi (art. 5.31).

#### B. *L'autorisation relative aux essais sismiques*

[7] En mai 2011, les promoteurs ont demandé à l'ONÉ, aux termes de l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, l'autorisation d'effectuer des essais sismiques dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, lieux adjacents à la région où les Inuits peuvent, conformément à des droits issus de traités, récolter des mammifères marins. Les essais proposés prévoyaient que des canons à air seraient remorqués par navire à travers une région visée par le projet. Ces canons produisent des ondes sonores sous-marines qui permettent de trouver et de mesurer les ressources géologiques sous-marines tel le pétrole. Les essais devaient avoir lieu de juillet à novembre, pendant cinq années consécutives.

[8] L'ONÉ a procédé à une évaluation environnementale du projet<sup>1</sup>.

[9] Clyde River s'est opposé aux essais sismiques et a présenté à l'ONÉ une pétition à l'encontre de ces essais en mai 2011. En 2012, les promoteurs ont répondu à des demandes de renseignements supplémentaires de l'ONÉ. Ils ont tenu des assemblées dans des communautés qui seraient touchées par les essais, notamment à Clyde River.

[10] En avril et en mai 2013, l'ONÉ a tenu des assemblées dans les hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq et Iqaluit afin de recueillir les commentaires des membres du public concernant le projet. Des représentants des promoteurs ont assisté à ces assemblées. Les membres des communautés ont posé des questions de base au sujet de l'effet des essais sur les mammifères marins de la région, mais

<sup>1</sup> Cette évaluation était initialement exigée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37. Depuis l'abrogation de cette loi et son remplacement par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52, l'ONÉ continue de mener des évaluations environnementales relativement aux projets proposés, considérant qu'il possède toujours le pouvoir de le faire en vertu de la *LOPC*.

Pond Inlet, a community member asked the proponents which marine mammals would be affected by the survey. The proponents answered: “That’s a very difficult question to answer because we’re not the core experts” (A.R., vol. III, at p. 541). Similarly, in Clyde River, a community member asked how the testing would affect marine mammals. The proponents answered:

... a lot of work has been done with seismic surveys in other places and a lot of that information is used in doing the environmental assessment, the document that has been submitted by the companies to the National Energy Board for the approval process. It has a section on, you know, marine mammals and the effects on marine mammals.

(A.R., vol. III, at p. 651)

[11] These are but two examples of multiple instances of the proponents’ failure to offer substantive answers to basic questions about the impacts of the proposed seismic testing. That failure led the NEB, in May 2013, to suspend its assessment. In August 2013, the proponents filed a 3,926-page document with the NEB, purporting to answer those questions. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices. The vast majority of this document was not translated into Inuktitut. No further efforts were made to determine whether this document was accessible to the communities, and whether their questions were answered. After this document was filed, the NEB resumed its assessment.

[12] Throughout the environmental assessment process, Clyde River and various Inuit organizations filed letters of comment with the NEB, noting the inadequacy of consultation and expressing concerns about the testing.

les promoteurs n’ont pas été en mesure de répondre à bon nombre de celles-ci. Par exemple, à Pond Inlet, un membre de la communauté a demandé aux promoteurs quels mammifères marins seraient touchés par les essais. Ceux-ci ont donné la réponse suivante : [TRADUCTION] « Il est très difficile de répondre à cette question parce que nous ne sommes pas des experts à ce sujet » (d.a., vol. III, p. 541). De même, à Clyde River, un membre de la communauté voulait savoir quel serait l’effet des essais sur les mammifères marins. Les promoteurs ont répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] ... il y a eu beaucoup de travaux en matière d’essais sismiques à d’autres endroits, et une grande partie de cette information est utilisée dans la réalisation de l’évaluation environnementale, le document qui a été soumis à l’Office national de l’énergie par les entreprises pour les besoins du processus d’approbation. Il comporte une section sur, vous savez, les mammifères marins et les effets sur ceux-ci.

(d.a., vol. III, p. 651)

[11] Ce ne sont là que deux exemples des nombreux cas où les promoteurs n’ont pas su donner de réponses concrètes à des questions de base au sujet des répercussions des essais sismiques proposés. C’est ce qui a amené l’ONÉ à suspendre son évaluation en mai 2013. En août 2013, les promoteurs ont déposé auprès de l’ONÉ un document de 3 926 pages censé répondre à ces questions. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et envoyé aux bureaux des hameaux. La majeure partie de ce document n’a pas été traduite en inuktitut. Aucun effort additionnel n’a été déployé pour vérifier si les communautés avaient accès à ce document, et si elles avaient obtenu des réponses à leurs questions. Après le dépôt du document, l’ONÉ a repris son évaluation.

[12] Tout au long du processus d’évaluation environnementale, Clyde River et diverses organisations inuites ont déposé auprès de l’ONÉ des lettres de commentaires dans lesquelles ils affirmaient que la consultation était inadéquate et ils exprimaient leurs inquiétudes au sujet des essais.

[13] In April 2014, organizations representing the appellants and Inuit in other communities wrote to the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development and to the NEB, stating their view that the duty to consult had not been fulfilled in relation to the testing. This could be remedied, they said, by completing a strategic environmental assessment<sup>2</sup> before authorizing any seismic testing. In May, the Nunavut Marine Council also wrote to the NEB, with a copy to the Minister, asking that any regulatory decisions affecting the Nunavut Settlement Area's marine environment be postponed until completion of the strategic environmental assessment. This assessment was necessary, in the Council's view, to understand the baseline conditions in the marine environment and to ensure that seismic tests are properly regulated.

[14] In June 2014, the Minister responded to both letters, "disagree[ing] with the view that seismic exploration of the region should be put on hold until the completion of a strategic environmental assessment" (A.R., vol. IV, at p. 967). A Geophysical Operations Authorization letter from the NEB soon followed, advising that the environmental assessment report was completed and that the authorization had been granted.

[15] In its environmental assessment report, the NEB discussed consultation with, and the participation of, Aboriginal groups in the NEB process. It concluded that the proponents "made sufficient efforts to consult with potentially-impacted Aboriginal groups and to address concerns raised" and that

<sup>2</sup> At the time, the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development was preparing a strategic environmental assessment — specifically, the "Eastern Arctic Strategic Environmental Assessment" — for Baffin Bay and Davis Strait, meant to examine "all aspects of future oil and gas development." Once complete, it would "inform policy decisions around if, when, and where oil and gas companies may be invited to bid on parcels of land for exploration drilling rights in Baffin Bay/Davis Strait" (Letter to Cathy Towtongie et al. from the Honourable Bernard Valcourt, A.R., vol. IV, at pp. 966-67).

[13] En avril 2014, des organisations représentant les appelants et des Inuits d'autres communautés ont écrit au ministre des Affaires autochtones et du Nord et à l'ONÉ, affirmant qu'à leur avis il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait aux essais. Selon ces organisations, il était possible de remédier à cette situation en réalisant une évaluation environnementale stratégique<sup>2</sup> avant que des essais sismiques ne soient autorisés. En mai, le Conseil du milieu marin du Nunavut a lui aussi écrit à l'ONÉ, avec copie au ministre, et demandé que toute décision réglementaire touchant le milieu marin de la région du Nunavut soit reportée jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée. De l'avis du Conseil, cette évaluation était nécessaire pour que l'on comprenne les conditions de référence du milieu marin et pour veiller à ce que les essais sismiques soient adéquatement réglementés.

[14] En juin 2014, le ministre a répondu à ces deux lettres, exprimant son [TRADUCTION] « désaccord avec l'idée de suspendre l'exploration sismique de la région jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée » (d.a., vol. IV, p. 967). Peu de temps après, une lettre émanant de l'ONÉ qui accordait l'autorisation de mener des travaux géophysiques a suivi, indiquant que le rapport d'évaluation environnementale était terminé et que l'autorisation avait été accordée.

[15] Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'ONÉ a traité de la consultation et de la participation des groupes autochtones dans le cadre de son processus. Il a conclu que les promoteurs [TRADUCTION] « ont déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones susceptibles

<sup>2</sup> À cette époque, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien préparait une évaluation environnementale stratégique — plus précisément l'[TRADUCTION] « Évaluation environnementale stratégique dans l'Arctique de l'Est » — pour la baie de Baffin et le détroit de Davis, qui visait l'examen de « tous les aspects de l'exploitation pétrolière et gazière future ». Une fois terminée, cette évaluation « guiderait les décisions de politique générale concernant l'opportunité d'inviter les sociétés pétrolières et gazières à soumissionner à l'égard de parcelles de terre afin d'y obtenir des droits d'exploration par forage dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, ainsi que le moment où cela pourrait se faire et les endroits qui seraient visés » (lettre de l'honorable Bernard Valcourt à Cathy Towtongie et autres, d.a., vol. IV, p. 966-967).

“Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB’s [environmental assessment] process” (A.R., vol. I, at p. 24). It also determined that the testing could change the migration routes of marine mammals and increase their risk of mortality, thereby affecting traditional harvesting of marine mammals including bowhead whales and narwhals, which are both identified as being of “Special Concern” by the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC). The NEB concluded, however, that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects given the mitigation measures that the proponents would implement.

### C. *The Judicial Review Proceedings*

[16] Clyde River applied to the Federal Court of Appeal for judicial review of the NEB’s decision to grant the authorization. Dawson J.A. (Nadon and Boivin J.J.A. concurring) found that the duty to consult had been triggered because the NEB could not grant the authorization without the minister’s approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the project, pursuant to s. 5.2(2) of *COGOA* (2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167). The Federal Court of Appeal characterized the degree of consultation owed in the circumstances as deep, as that concept was discussed in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 44, and found that the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation.

[17] The Court of Appeal also concluded that the Crown’s duty to consult had been satisfied by the nature and scope of the NEB’s processes. The conditions upon which the authorization had been granted showed that the interests of the Inuit had been sufficiently considered and that further consultation would be expected to occur were the proposed testing to be followed by further development

d’être touchés et pour répondre aux préoccupations qu’ils ont soulevées », et que « les groupes autochtones ont eu une possibilité adéquate de participer au processus d’évaluation environnementale de l’ONÉ » (d.a., vol. I, p. 24). L’ONÉ a également conclu que les essais pouvaient modifier les routes migratoires des mammifères marins et augmenter le risque de mortalité chez ces animaux, situation qui influencerait sur la récolte traditionnelle des mammifères marins, notamment les baleines boréales et les narvals, deux espèces qualifiées d’« espèces préoccupantes » par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). L’ONÉ a toutefois conclu que les essais n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants compte tenu des mesures d’atténuation que les promoteurs mettraient en œuvre.

### C. *La demande de contrôle judiciaire*

[16] Clyde River a demandé à la Cour d’appel fédérale le contrôle judiciaire de la décision de l’ONÉ accordant l’autorisation. La juge Dawson (avec l’appui des juges Nadon et Boivin) a conclu que l’obligation de consulter avait pris naissance, parce que l’ONÉ ne pouvait pas accorder l’autorisation tant que le ministre n’aurait pas approuvé (ou renoncer à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques relativement au projet, conformément au par. 5.2(2) de la *LOPC* (2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167). La Cour d’appel fédérale a considéré que les circonstances requéraient une consultation approfondie, suivant le sens donné à cette notion dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 44, et elle a jugé que la Couronne pouvait s’en remettre à l’ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation.

[17] La Cour d’appel a également conclu que, du fait de la nature et de l’étendue des processus de l’ONÉ, il avait été satisfait à l’obligation de consulter incombant à la Couronne. Les conditions auxquelles l’ONÉ avait accordé son autorisation montraient qu’il avait suffisamment pris en compte les intérêts des Inuits et qu’il était permis de s’attendre à ce que de nouvelles consultations soient

activities. In the circumstances, a strategic environmental assessment report was not required.

### III. Analysis

[18] The following issues arise in this appeal:

1. Can an NEB approval process trigger the duty to consult?
2. Can the Crown rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult?
3. What is the NEB's role in considering Crown consultation before approval?
4. Was the consultation adequate in this case?

#### A. *The Duty to Consult — General Principles*

[19] The duty to consult seeks to protect Aboriginal and treaty rights while furthering reconciliation between Indigenous peoples and the Crown (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 34). It has both a constitutional and a legal dimension (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6; *Carrier Sekani*, at para. 34). Its constitutional dimension is grounded in the honour of the Crown (*Kapp*, at para. 6). This principle is in turn enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). And, as a legal obligation, it is based in the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by Indigenous peoples (*Haida*, at para. 53).

menées si les essais proposés étaient suivis d'autres activités de mise en valeur. Dans les circonstances, un rapport d'évaluation environnementale stratégique n'était pas nécessaire.

### III. Analyse

[18] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Un processus d'approbation de l'ONÉ peut-il donner naissance à l'obligation de consulter?
2. La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?
3. Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?
4. La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce?

#### A. *L'obligation de consulter — principes généraux*

[19] L'obligation de consulter vise la protection des droits ancestraux et issus de traités tout en favorisant la réconciliation entre les peuples autochtones et la Couronne (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 34). Elle revêt à la fois une dimension constitutionnelle et une dimension légale (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6; *Carrier Sekani*, par. 34). Sa dimension constitutionnelle découle du principe de l'honneur de la Couronne (*Kapp*, par. 6). Ce principe est lui-même consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits existants ancestraux et issus de traités (*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). Et, en tant qu'obligation légale, elle découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par les peuples autochtones (*Haida*, par. 53).

[20] The content of the duty, once triggered, falls along a spectrum ranging from limited to deep consultation, depending upon the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right. Each case must be considered individually. Flexibility is required, as the depth of consultation required may change as the process advances and new information comes to light (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[21] This Court has affirmed that it is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult (*Carrier Sekani*, at para. 56; *Haida*, at para. 51). The appellants argue that a regulatory process alone cannot fulfill the duty to consult because at least some direct engagement between "the Crown" and the affected Indigenous community is necessary.

[22] In our view, while the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult in whole or in part and, where appropriate, accommodate, the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate. Practically speaking, this does not mean that a minister of the Crown must give explicit consideration in every case to whether the duty to consult has been satisfied, or must directly participate in the process of consultation. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures to meet its duty. This might entail filling any gaps on a case-by-case basis or more systemically through legislative or regulatory amendments (see e.g. *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Or, it might require making submissions to the regulatory body, requesting reconsideration of a decision, or seeking a postponement in order to carry out further consultation in a separate process before the decision is rendered. And, if an affected Indigenous group is (like the Inuit of Nunavut) a party to a modern treaty and perceives the process to be deficient, it should, as it did here, request such direct Crown engagement in a timely manner (since parties to treaties

[20] Une fois que l'obligation a pris naissance, son contenu se situe sur un continuum qui va de la consultation limitée à la consultation approfondie, selon la solidité de la revendication autochtone et la gravité de l'impact potentiel sur le droit concerné. Il faut procéder au cas par cas et faire preuve de souplesse, car le caractère approfondi de la consultation nécessaire peut varier au fur et à mesure que se déroule le processus et que sont mis au jour de nouveaux renseignements (*Haida*, par. 39 et 43-45).

[21] Notre Cour a affirmé qu'il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne (*Carrier Sekani*, par. 56; *Haida*, par. 51). Les appelants plaident qu'un processus réglementaire ne peut à lui seul assurer le respect de l'obligation de consulter, parce qu'il faut au moins un certain dialogue direct entre « la Couronne » et la communauté autochtone touchée.

[22] À notre avis, bien que la Couronne puisse s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter et, lorsque cela se justifie, à son obligation d'accommoder, c'est toujours à elle qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation. Sur le plan pratique, cela ne signifie pas qu'un ministre doit dans chaque cas se demander explicitement s'il a été satisfait à l'obligation de consulter, ou qu'il doit participer directement au processus de consultation. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. Elle pourrait devoir combler les lacunes soit au cas par cas, soit de manière plus systématique au moyen de modifications législatives ou réglementaires (voir, par ex., *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Elle pourrait également exiger la présentation d'observations à l'organisme de réglementation, demander le réexamen de la décision ou solliciter le report de l'audience afin de mener d'autres consultations dans le cadre d'un processus distinct avant que la décision ne soit rendue. Par ailleurs, si un groupe autochtone

are obliged to act diligently to advance their respective interests) (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 12).

[23] Further, because the honour of the Crown requires a meaningful, good faith consultation process (*Haida*, at para. 41), where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. Guidance about the form of the consultation process should be provided so that Indigenous peoples know how consultation will be carried out to allow for their effective participation and, if necessary, to permit them to raise concerns with the proposed form of the consultations in a timely manner.

[24] Above all, and irrespective of the process by which consultation is undertaken, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult, which is a constitutional imperative. Where challenged, it should be quashed on judicial review. That said, judicial review is no substitute for adequate consultation. True reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms. Judicial remedies may seek to undo past infringements of Aboriginal and treaty rights, but adequate Crown consultation *before* project approval is always preferable to after-the-fact judicial remonstrance following an adversarial process. Consultation is, after all, “[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships” (*Carrier Sekani*, at para. 38, quoting D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21). As the Court noted in *Haida*, “[w]hile Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state and Aboriginal

touché est (comme les Inuits du Nunavut) partie à un traité moderne et juge que le processus est déficient, il devrait, comme ce fut le cas en l’espèce, demander une intervention directe de la Couronne en temps opportun (puisque les parties aux traités sont tenues d’agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs) (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 12).

[23] De plus, étant donné que l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation (*Haida*, par. 41), lorsque la Couronne s’en remet aux processus d’un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s’en remet à un tel processus. Les peuples autochtones doivent être avisés de la forme que prendra le processus de consultation, afin de savoir comment les consultations se dérouleront, de pouvoir y participer activement et, au besoin, d’être en mesure de soulever en temps opportun leurs préoccupations au sujet de la forme des consultations proposées.

[24] Par-dessus tout, et peu importe le processus de consultation entrepris, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus de traités prise sur la base d’une consultation inadéquate ne respectera pas l’obligation de consulter, laquelle est un impératif constitutionnel. En cas de contestation, la décision devrait être annulée à l’issue d’un contrôle judiciaire. Cela dit, le contrôle judiciaire ne saurait remplacer une consultation adéquate. On ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d’audience. Un recours judiciaire peut tendre à corriger des atteintes passées à des droits ancestraux ou issus de traités, mais une consultation adéquate par la Couronne *avant* que le projet ne soit approuvé est toujours préférable à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d’une procédure contradictoire. Après tout, la consultation [TRADUCTION] « s’attache au maintien de relations constantes » (*Carrier Sekani*, par. 38, citant D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009),

interests” (para. 14). No one benefits — not project proponents, not Indigenous peoples, and not non-Indigenous members of affected communities — when projects are prematurely approved only to be subjected to litigation.

B. *Can an NEB Approval Process Trigger the Duty to Consult?*

[25] The duty to consult is triggered when the Crown has actual or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or Aboriginal or treaty rights that might be adversely affected by Crown conduct (*Haida*, at para. 35; *Carrier Sekani*, at para. 31). Crown conduct which would trigger the duty is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The concern is for adverse impacts, however made, upon Aboriginal and treaty rights and, indeed, a goal of consultation is to identify, minimize and address adverse impacts where possible (*Carrier Sekani*, at paras. 45-46).

[26] In this appeal, all parties agreed that the Crown’s duty to consult was triggered, although agreement on *just what* Crown conduct triggered the duty has proven elusive. The Federal Court of Appeal saw the trigger in *COGOA*’s requirement for ministerial approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the testing. In the companion appeal of *Chippewas of the Thames*, the majority of the Federal Court of Appeal concluded that it was not necessary to decide whether the duty to consult was triggered since the Crown was not a party before the NEB, but suggested the only Crown action involved might have been the 1959 enactment

p. 21). Comme notre Cour l’a souligné dans *Haida*, « [m]ême si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (par. 14). Il n’est à l’avantage de personne — promoteurs du projet, peuples autochtones ou membres non autochtones des communautés touchées — qu’un projet soit approuvé prématurément mais fasse ensuite l’objet d’un litige.

B. *Un processus d’approbation de l’ONÉ peut-il donner naissance à l’obligation de consulter?*

[25] L’obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’une revendication autochtone ou de droits ancestraux ou issus de traités susceptibles de subir des effets préjudiciables en raison d’une mesure prise par la Couronne (*Haida*, par. 35; *Carrier Sekani*, par. 31). Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l’obligation de consulter ne se limitent pas à l’exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. Il faut se demander si la mesure a des effets préjudiciables, quelle qu’en soit la cause, sur des droits ancestraux ou issus de traités. D’ailleurs, un des objectifs de la consultation consiste à cerner les effets préjudiciables, à les réduire au minimum et à y remédier si possible (*Carrier Sekani*, par. 45-46).

[26] Dans le présent pourvoi, toutes les parties ont reconnu que l’obligation de consulter de la Couronne avait pris naissance, mais elles ont été incapables de s’accorder sur la *nature exacte* de la mesure de la Couronne qui a donné naissance à cette obligation. La Cour d’appel fédérale a considéré que l’élément ayant fait naître l’obligation est l’exigence prévue par la *LOPC* qui requiert que le ministre approuve (ou renonce à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques pour les essais. Dans l’affaire connexe *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont conclu qu’il n’était pas nécessaire de



of the *NEB Act*<sup>3</sup> (*Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96). In short, the Federal Court of Appeal in both cases was of the view that only action by a minister of the Crown or a government department, or a Crown corporation, can constitute Crown conduct triggering the duty to consult. And, before this Court in *Chippewas of the Thames*, the Attorney General of Canada argued that the duty was triggered by the NEB's approval of the pipeline project, because it was state action with the potential to affect Aboriginal or treaty rights.

[27] Contrary to the Federal Court of Appeal's conclusions on this point, we agree that the NEB's approval process, in this case, as in *Chippewas of the Thames*, triggered the duty to consult.

[28] It bears reiterating that the duty to consult is owed by the Crown. In one sense, the "Crown" refers to the personification in Her Majesty of the Canadian state in exercising the prerogatives and privileges reserved to it. The Crown also, however, denotes the sovereign in the exercise of her formal legislative role (in assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills), and as the head of executive authority (*McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, at para. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 11-12; but see *Carrier Sekani*, at para. 44). For this reason, the term "Crown" is commonly used to symbolize and denote executive power. This was described by Lord Simon of Glaisdale in *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), at p. 397:

<sup>3</sup> *National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

décider si l'obligation de consulter s'appliquait, puisque la Couronne n'était pas partie à l'instance devant l'ONÉ, mais ils ont évoqué l'idée que la seule mesure de la Couronne en cause pourrait être l'adoption en 1959 de la *Loi sur l'ONÉ*<sup>3</sup> (*Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96). Bref, dans les deux affaires la Cour d'appel fédérale était d'avis que seule une mesure prise par un ministre ou un ministère du gouvernement, ou une société d'État, peut constituer une mesure de la Couronne donnant naissance à l'obligation de consulter. Et devant notre Cour, dans le pourvoi *Chippewas of the Thames*, la procureure générale du Canada a plaidé que c'est l'approbation du projet de pipeline par l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation, puisqu'il s'agissait d'une mesure de l'État susceptible d'avoir une incidence sur des droits ancestraux ou issus de traités.

[27] Contrairement aux conclusions de la Cour d'appel fédérale sur ce point, nous sommes d'avis qu'en l'espèce, tout comme dans *Chippewas of the Thames*, c'est le processus d'approbation de l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation de consulter.

[28] Il importe de répéter que l'obligation de consulter incombe à la Couronne. En un sens, la « Couronne » s'entend de la personnification de Sa Majesté de l'État canadien dans l'exercice des prérogatives et des privilèges qui lui sont réservés. Cependant, la Couronne désigne aussi la souveraine dans l'exercice de son rôle législatif officiel (lorsqu'elle sanctionne les projets de loi, qu'elle refuse de les sanctionner ou qu'elle réserve sa décision), et en tant que chef du pouvoir exécutif (*McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, par. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 11-12; mais voir *Carrier Sekani*, par. 44). Pour cette raison, le mot « Couronne » est couramment employé comme symbole du pouvoir exécutif et pour désigner ce pouvoir. C'est ce que lord Simon of Glaisdale a décrit dans *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), p. 397 :

<sup>3</sup> *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.

The crown as an object is a piece of jewelled headgear under guard at the Tower of London. But it symbolises the powers of government which were formerly wielded by the wearer of the crown; so that by the 13th century crimes were committed not only against the king's peace but also against "his crown and dignity": *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2nd ed. (1898), vol. I, p. 525. The term "the Crown" is therefore used in constitutional law to denote the collection of such of those powers as remain extant (the royal prerogative), together with such other powers as have been expressly conferred by statute on "the Crown."

[29] By this understanding, the NEB is not, strictly speaking, "the Crown". Nor is it, strictly speaking, an agent of the Crown, since — as the NEB operates independently of the Crown's ministers — no relationship of control exists between them (Hogg, Monahan and Wright, at p. 465). As a statutory body holding responsibility under s. 5(1)(b) of *COGOA*, however, the NEB acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. Put plainly, once it is accepted that a regulatory agency exists to exercise executive power as authorized by legislatures, any distinction between its actions and Crown action quickly falls away. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. Hence this Court's interchangeable references in *Carrier Sekani* to "government action" and "Crown conduct" (paras. 42-44). It therefore does not matter whether the final decision maker on a resource project is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult. As Rennie J.A. said in dissent at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames*, "[t]he duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet" (para. 105). The action of the NEB, taken in furtherance of its statutory powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final

[TRANSLATION] La couronne, en tant qu'objet, est une coiffure ornée de bijoux conservée sous garde à la tour de Londres. Mais elle symbolise les pouvoirs du gouvernement qui étaient auparavant exercés par la personne portant la couronne; c'est ainsi qu'au 13<sup>e</sup> siècle, les crimes étaient commis non seulement contre la paix du roi, mais aussi contre « sa couronne et sa dignité » : *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2<sup>e</sup> éd. (1898), vol. I, p. 525. Par conséquent, on utilise l'expression « la Couronne » en droit constitutionnel pour désigner l'ensemble des pouvoirs de cette nature qui subsistent (la prérogative royale), ainsi que les autres pouvoirs que la loi confère expressément à « la Couronne ».

[29] Selon cette interprétation, l'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne ». Il n'est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l'ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n'existe entre eux aucun lien de dépendance (Hogg, Monahan et Wright, p. 465). Cependant, en tant qu'organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l'al. 5(1)(b) de la *LOPC*, l'ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. En termes simples, dès lors que l'on accepte qu'un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l'autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit, d'où l'emploi interchangeable dans *Carrier Sekani* des expressions « mesure gouvernementale » et « mesure [. . .] de la Couronne » (par. 42-44). Par conséquent, il importe peu que le décideur ultime dans un projet soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. Comme l'a affirmé en dissidence le juge Rennie de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames*, « [l']obligation,

decisions respecting such testing as was proposed here, clearly constitutes Crown action.

C. *Can the Crown Rely on the NEB's Process to Fulfill the Duty to Consult?*

[30] As we have said, while ultimate responsibility for ensuring the adequacy of consultation remains with the Crown, the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill the duty to consult. Whether, however, the Crown is capable of doing so, in whole or in part, depends on whether the agency's statutory duties and powers enable it to do what the duty requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at paras. 55 and 60). In the NEB's case, therefore, the question is whether the NEB is able, to the extent it is being relied on, to provide an appropriate level of consultation and, where necessary, accommodation to the Inuit of Clyde River in respect of the proposed testing.

[31] We note that the NEB and *COGOA* each predate judicial recognition of the duty to consult. However, given the flexible nature of the duty, a process that was originally designed for a different purpose may be relied on by the Crown so long as it affords an appropriate level of consultation to the affected Indigenous group (*Beckman*, at para. 39; *Taku River*, at para. 22). Under *COGOA*, the NEB has a significant array of powers that permit extensive consultation. It may conduct hearings, and has broad discretion to make orders or elicit information in furtherance of *COGOA* and the public interest (ss. 5.331, 5.31(1) and 5.32). It can also require

comme l'honneur de la Couronne, ne s'envole pas en fumée simplement parce qu'une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet » (par. 105). La mesure qu'a prise l'ONÉ dans l'exercice du pouvoir qu'il possède, en vertu de l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, de prendre la décision ultime concernant des essais tels ceux proposés en l'espèce, constitue manifestement une mesure de la Couronne.

C. *La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?*

[30] Comme nous l'avons déjà dit, bien que la Couronne demeure ultimement responsable de veiller au caractère adéquat de la consultation, celle-ci peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à l'obligation de consulter. Cependant, la question de savoir si la Couronne est en mesure de le faire, en tout ou en partie, dépend de la réponse à la question de savoir si les attributions que la loi confère à l'organisme habilite ce dernier à faire ce que l'obligation exige dans les circonstances particulières (*Carrier Sekani*, par. 55 et 60). En conséquence, dans le cas de l'ONÉ, la question consiste à décider si celui-ci peut, dans la mesure où la Couronne s'en remet à lui, assurer un niveau de consultation adéquat et, au besoin, accorder aux Inuits de Clyde River des mesures d'accommodement à l'égard des essais proposés.

[31] Nous constatons que tant l'ONÉ que la *LOPC* sont antérieurs à la reconnaissance judiciaire de l'obligation de consulter. Toutefois, compte tenu du caractère souple de cette obligation, la Couronne peut s'en remettre à un processus qui a été initialement conçu pour une autre fin, tant que ce processus rend possible un niveau approprié de consultation du groupe autochtone touché (*Beckman*, par. 39; *Taku River*, par. 22). En vertu de la *LOPC*, l'ONÉ dispose d'un large éventail de pouvoirs qui permettent une consultation étendue. Il peut tenir des audiences, en plus de posséder un vaste pouvoir discrétionnaire l'habilitant à rendre des ordonnances ou obtenir

studies to be undertaken and impose preconditions to approval (s. 5(4)). In the case of designated projects, it can also (as here) conduct environmental assessments, and establish participant funding programs to facilitate public participation (s. 5.002).<sup>4</sup>

[32] *COGOA* also grants the NEB broad powers to accommodate the concerns of Indigenous groups where necessary. The NEB can attach any terms and conditions it sees fit to an authorization issued under s. 5(1)(b), and can make such authorization contingent on their performance (ss. 5(4) and 5.36(1)). Most importantly, the NEB may require accommodation by exercising its discretion to deny an authorization or by reserving its decision pending further proceedings (ss. 5(1)(b), 5(5) and 5.36(2)).

[33] The NEB has also developed considerable institutional expertise, both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Aboriginal or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the NEB is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available.

[34] In sum, the NEB has (1) the procedural powers necessary to implement consultation; and (2) the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill

des renseignements pour l'application de la *LOPC* et dans l'intérêt public (art. 5.331, par. 5.31(1), art. 5.32). Il peut également exiger que des études soient entreprises et imposer des conditions préalables à l'approbation (par. 5(4)). Dans le cas de projets désignés, il peut aussi (comme c'est le cas en l'espèce) réaliser des évaluations environnementales et créer un programme d'aide financière pour faciliter la participation du public (art. 5.002).<sup>4</sup>

[32] La *LOPC* confère aussi à l'ONÉ de vastes pouvoirs d'accommodement afin de répondre, au besoin, aux préoccupations des groupes autochtones. L'ONÉ peut assortir l'autorisation qu'il accorde en vertu de l'al. 5(1)b) de toute condition qu'il juge appropriée, et peut faire dépendre la prise d'effet de cette autorisation de l'exécution de ces conditions (par. 5(4) et 5.36(1)). Plus important encore, l'ONÉ peut exiger que des accommodements soient apportés soit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, soit en réservant sa décision pendant le règlement d'autres questions (al. 5(1)b), et par. 5(5) et 5.36(2)).

[33] L'ONÉ a également acquis une importante expertise institutionnelle, tant en effectuant des consultations qu'en évaluant les effets environnementaux des projets proposés. Lorsque les effets d'un projet proposé sur un droit ancestral ou issu d'un traité chevauchent considérablement les répercussions environnementales potentielles du projet, l'ONÉ est bien placé pour superviser les consultations visant l'examen de ces effets, et pour utiliser son expertise technique afin d'évaluer les formes d'accommodement possibles.

[34] En somme, l'ONÉ dispose (1) des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations et (2) des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La

<sup>4</sup> While s. 5.002 (participant funding) and s. 5.331 (public hearings) of *COGOA* were not in force at the time the NEB considered and authorized the project at issue here, they were added later (see S.C. 2015, c. 4, ss. 7 and 13).

<sup>4</sup> Même si les art. 5.002 (aide financière) et 5.331 (audiences publiques) de la *LOPC* n'étaient pas en vigueur lorsque l'ONÉ a examiné et autorisé le projet litigieux en l'espèce, ils ont été ajoutés à la loi par la suite (voir L.C. 2015, c. 4, art. 7 et 13).

the Crown's duty to consult. Whether the NEB's process did so in this case, we consider below.

D. *What Is the NEB's Role in Considering Crown Consultation Before Approval?*

[35] The appellants argue that, as a tribunal empowered to decide questions of law, the NEB *must* exercise its decision-making authority in accordance with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* by evaluating the adequacy of consultation before issuing an authorization for seismic testing. In contrast, the proponents submit that there is no basis in this Court's jurisprudence for imposing this obligation on the NEB. Although the Attorney General of Canada agrees with the appellants that the NEB has the legal capacity to decide constitutional questions when doing so is necessary to its decision-making powers, she argues that the NEB's environmental assessment decision in this case appropriately considered the adequacy of the proponents' consultation efforts.

[36] Generally, a tribunal empowered to consider questions of law must determine whether such consultation was constitutionally sufficient if the issue is properly raised. The power of a tribunal "to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power" (*Carrier Sekani*, at para. 69). Regulatory agencies with the authority to decide questions of law have both the duty and authority to apply the Constitution, unless the authority to decide the constitutional issue has been clearly withdrawn (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77). It follows that they must ensure their decisions comply with s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (*Carrier Sekani*, at para. 72).

Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe. Nous allons examiner ci-après si le processus de l'ONÉ a permis de satisfaire à cette obligation en l'espèce.

D. *Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?*

[35] Les appelants soutiennent que, en tant que tribunal administratif habilité à trancher des questions de droit, l'ONÉ *doit* exercer son pouvoir décisionnel en conformité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, en évaluant le caractère adéquat de la consultation avant d'accorder une autorisation pour des essais sismiques. À l'inverse, les promoteurs plaident que rien dans la jurisprudence de notre Cour ne permet d'imposer cette obligation à l'ONÉ. Bien que la procureure générale du Canada soit d'accord avec les appelants pour dire que l'ONÉ possède la capacité juridique de trancher des questions constitutionnelles lorsque cela est nécessaire dans l'exercice de ses pouvoirs décisionnels, elle soutient que, dans sa décision relative à l'évaluation environnementale en l'espèce, l'ONÉ a examiné de manière appropriée le caractère adéquat des efforts de consultation déployés par les promoteurs.

[36] En général, un tribunal administratif habilité à examiner des questions de droit doit décider si une consultation de ce genre était suffisante sur le plan constitutionnel dans le cas où cette question est régulièrement soulevée devant lui. Le pouvoir d'un tribunal administratif « de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu'il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d'un tel pouvoir » (*Carrier Sekani*, par. 69). Les organismes de réglementation investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont le devoir et le pouvoir d'appliquer la Constitution, sauf si le pouvoir de statuer sur la question constitutionnelle a clairement été écarté (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77). Il s'ensuit qu'ils doivent s'assurer que leurs décisions sont conformes à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Carrier Sekani*, par. 72).

[37] The NEB has broad powers under both the *NEB Act* and *COGOA* to hear and determine all relevant matters of fact and law (*NEB Act*, s. 12(2); *COGOA*, s. 5.31(2)). No provision in either statute suggests an intention to withhold from the NEB the power to decide the adequacy of consultation. And, in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, this Court concluded that NEB decisions must conform to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty to consult has been fulfilled.

[38] We note that the majority at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* considered that this issue was not properly before the NEB. It distinguished *Carrier Sekani* on the basis that the Crown was not a party to the NEB hearing in *Chippewas of the Thames*, while the Crown (in the form of BC Hydro, a Crown corporation) was a party in the utilities commission proceedings in *Carrier Sekani*. Based on the authority of *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500, the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* reasoned that the NEB is not required to evaluate whether the Crown's duty to consult had been triggered (or whether it was satisfied) before granting a resource project authorization, except where the Crown is a party before the NEB.

[39] The difficulty with this view, however, is that — as we have explained — action taken by the NEB in furtherance of its powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final decisions is *itself* Crown conduct which triggers the duty to consult. Nor, respectfully, can we agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* that an NEB decision will comply with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* so long as the NEB ensures the proponents engage in a “dialogue” with potentially affected Indigenous groups (para. 62). If the Crown's duty to consult has been

[37] L'ONÉ dispose, tant en vertu de la *Loi sur l'ONÉ* que de la *LOPC*, de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait (*Loi sur l'ONÉ*, par. 12(2); *LOPC*, par. 5.31(2)). Aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne tend à indiquer que le législateur entendait priver l'ONÉ du pouvoir de statuer sur le caractère adéquat de la consultation. De plus, dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, notre Cour a conclu que les décisions de l'ONÉ doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne.

[38] Nous constatons que, dans l'affaire *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont considéré que l'ONÉ n'avait pas été régulièrement saisi de cette question. Ils ont distingué cette affaire de l'arrêt *Carrier Sekani* sur la base que, dans *Chippewas of the Thames*, la Couronne n'était pas partie à l'audience devant l'ONÉ, tandis que dans *Carrier Sekani* la Couronne (par l'entremise de BC Hydro, une société d'État) était partie à l'instance devant la commission des services d'utilité publique. Se fondant sur l'arrêt *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames* ont estimé que l'ONÉ n'est pas tenu de se demander si l'obligation de consulter incombant à la Couronne a pris naissance (ou s'il a été satisfait à cette obligation) avant d'autoriser un projet lié aux ressources, sauf dans le cas où la Couronne est une partie à l'instance devant l'ONÉ.

[39] Toutefois, la difficulté que soulève cette opinion est que — comme nous l'avons expliqué — les mesures prises par l'ONÉ en application de son pouvoir de rendre des décisions définitives en vertu de l'al. 5(1)b) de la *LOPC* sont *elles-mêmes* des mesures prises par la Couronne qui donnent naissance à l'obligation de consulter. Nous ne pouvons pas non plus, soit dit en tout respect, souscrire à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire connexe *Chippewas of the Thames* selon laquelle une décision de l'ONÉ respecte le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans

triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. Although in many cases the Crown will be able to rely on the NEB's processes as meeting the duty to consult, because the NEB is the final decision maker, the key question is whether the duty is fulfilled prior to project approval (*Haida*, at para. 67). Accordingly, where the Crown's duty to consult an affected Indigenous group with respect to a project under *COGOA* remains unfulfilled, the NEB must withhold project approval. And, where the NEB fails to do so, its approval decision should (as we have already said) be quashed on judicial review, since the duty to consult must be fulfilled prior to the action that could adversely affect the right in question (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[40] Some commentators have suggested that the NEB, in view of its mandate to decide issues in the public interest, cannot effectively account for Aboriginal and treaty rights and assess the Crown's duty to consult (see R. Freedman and S. Hansen, "Aboriginal Rights vs. The Public Interest", prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online), at pp. 4 and 14). We do not, however, see the public interest and the duty to consult as operating in conflict. As this Court explained in *Carrier Sekani*, the duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest (para. 70). A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*ibid.*).

[41] This leaves the question of what a regulatory agency must do where the adequacy of Crown

la mesure où l'ONÉ s'assure que les promoteurs participent à des « discussions » avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés (par. 62). Si l'obligation de la Couronne de consulter a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si la consultation incombant à la Couronne est adéquate. Même si dans bien des cas la Couronne peut s'en remettre aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, étant donné que c'est l'ONÉ qui prend la décision définitive, la question fondamentale consiste à décider s'il a été satisfait à l'obligation avant l'approbation du projet (*Haida*, par. 67). En conséquence, lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter les groupes autochtones touchés par un projet visé par la *LOPC*, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait (comme nous l'avons dit précédemment) être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, puisque l'obligation de consulter doit être respectée avant la prise de mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le droit en question (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[40] Certains auteurs affirment que, comme l'ONÉ a pour mission de trancher des questions dans l'intérêt public, il ne peut, de manière effective, tenir compte des droits ancestraux et issus de traités et apprécier l'obligation de consulter de la Couronne (voir R. Freedman et S. Hansen, « Aboriginal Rights vs. The Public Interest », préparé pour une conférence du Pacific Business & Law Institute, Vancouver, C.-B. (26-27 février 2009) (en ligne), p. 4 et 14). À notre avis, cependant, l'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles. Comme l'a expliqué la Cour dans *Carrier Sekani*, en tant qu'impératif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public (par. 70). Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public (*ibid.*).

[41] Il reste à déterminer ce qu'un organisme de réglementation doit faire dans les cas où se soulève

consultation is raised before it. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons, particularly in respect of project applications requiring deep consultation. Engagement of the honour of the Crown does not predispose a certain outcome, but promotes reconciliation by imposing obligations on the manner and approach of government (*Haida*, at paras. 49 and 63). Written reasons foster reconciliation by showing affected Indigenous peoples that their rights were considered and addressed (*Haida*, at para. 44). Reasons are “a sign of respect [which] displays the requisite comity and courtesy becoming the Crown as Sovereign toward a prior occupying nation” (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)). Written reasons also promote better decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[42] This does not mean, however, that the NEB is always required to review the adequacy of Crown consultation by applying a formulaic “*Haida* analysis”, as the appellants suggest. Nor will explicit reasons be required in every case. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. But where deep consultation is required and the affected Indigenous peoples have made their concerns known, the honour of the Crown will usually oblige the NEB, where its approval process triggers the duty to consult, to explain how it considered and addressed these concerns.

E. *Was the Consultation Adequate in This Case?*

[43] The Crown acknowledges that deep consultation was required in this case, and we agree. As

devant lui la question du caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l’ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l’ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs, plus particulièrement s’il s’agit d’une demande d’approbation de projet requérant une consultation approfondie. Le fait que l’honneur de la Couronne soit en jeu ne permet pas de préjuger d’un résultat donné, mais favorise la réconciliation en imposant des obligations quant à l’approche et à la façon de faire du gouvernement (*Haida*, par. 49 et 63). L’existence de motifs écrits favorise la réconciliation, parce que ces motifs montrent aux peuples autochtones touchés que leurs droits ont été considérés et comment on en a tenu compte (*Haida*, par. 44). Des motifs constituent [TRADUCTION] « une marque de respect [qui] démontre la courtoisie dont doit faire preuve la Couronne en tant que souverain envers une nation qui occupait le territoire avant elle » (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)). Les motifs écrits favorisent également une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[42] Cependant, cela ne signifie pas, contrairement à ce qu’affirment les appelants, que l’ONÉ est toujours tenu d’examiner le caractère adéquat de la consultation qui a été menée en appliquant mécaniquement l’« analyse requise par l’arrêt *Haida* ». Des motifs explicites ne sont pas non plus requis dans tous les cas. L’étendue de l’analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Mais dans les cas où une consultation approfondie est nécessaire et que les peuples autochtones touchés ont fait connaître leurs préoccupations, l’honneur de la Couronne obligera généralement l’ONÉ, lorsque son processus d’approbation donne naissance à l’obligation de consulter, à expliquer de quelle manière il a considéré ces préoccupations et il en a tenu compte.

E. *La consultation a-t-elle été adéquate en l’espèce?*

[43] La Couronne reconnaît qu’une consultation approfondie était requise dans le cas qui nous



this Court explained in *Haida*, deep consultation is required “where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high” (para. 44). Here, the appellants had *established treaty rights* to hunt and harvest marine mammals. These rights were acknowledged at the Federal Court of Appeal as being extremely important to the appellants for their economic, cultural, and spiritual well-being (para. 2). Jerry Natanine, the former mayor of Clyde River, explained that hunting marine mammals “provides us with nutritious food; enables us to take part in practices we have maintained for generations; and enables us to maintain close relationships with each other through the sharing of what we call ‘country food’” (A.R., vol. II, at p. 197). The importance of these rights was also recently recognized by the Nunavut Court of Justice:

The Inuit right which is of concern in this matter is the right to harvest marine mammals. Many Inuit in Nunavut rely on country food for the majority of their diet. Food costs are very high and many would be unable to purchase food to replace country food if country food were unavailable. Country food is recognized as being of higher nutritional value than purchased food. But the inability to harvest marine mammals would impact more than . . . just the diet of Inuit. The cultural tradition of sharing country food with others in the community would be lost. The opportunity to make traditional clothing would be impacted. The opportunity to participate in the hunt, an activity which is fundamental to being Inuk, would be lost. The Inuit right which is at stake is of high significance. This suggests a significant level of consultation and accommodation is required.

(*Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, at para. 25)

occupe, et nous en convenons. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Haida*, une consultation approfondie est requise dans « les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé » (par. 44). En l’espèce, les appelants possèdent des *droits issus de traités établis* leur permettant de chasser et de récolter des mammifères marins. La Cour d’appel fédérale a reconnu que ces droits étaient extrêmement importants pour le bien-être économique, culturel et spirituel des appelants (par. 2). Jerry Natanine, l’ancien maire de Clyde River, a fourni les explications qui suivent à ce sujet : [TRADUCTION] « [la chasse aux mammifères marins] nous fournit des aliments nutritifs, en plus de nous permettre d’exercer des pratiques observées depuis des générations et d’entretenir d’étroites relations les uns avec les autres grâce au partage de ce que nous appelons les “aliments traditionnels” » (d.a., vol. II, p. 197). Récemment, la Cour de justice du Nunavut a également reconnu l’importance de ces droits :

[TRADUCTION] Le droit inuit qui nous intéresse en l’espèce est le droit de récolter les mammifères marins. Le régime alimentaire de nombreux Inuits au Nunavut se compose en grande partie d’aliments traditionnels. Le coût des aliments est très élevé, et plusieurs habitants seraient dans l’incapacité d’acheter des aliments pour remplacer les aliments traditionnels si ceux-ci n’étaient plus disponibles. Il est reconnu que les aliments traditionnels ont une valeur nutritive plus élevée que les aliments achetés. Cependant, l’incapacité de récolter des mammifères marins n’aurait pas uniquement des répercussions sur le régime alimentaire des Inuits. La tradition culturelle qu’ont les Inuits de partager les aliments traditionnels entre eux dans la communauté serait perdue. La fabrication de vêtements traditionnels serait aussi touchée. Les Inuits perdraient la possibilité de participer à la chasse, une activité qui constitue un aspect fondamental de l’identité inuite. Le droit des Inuits qui est en jeu est d’une grande importance, d’où la nécessité d’une consultation approfondie et de mesures d’accommodement substantielles.

(*Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, par. 25)

[44] The risks posed by the proposed testing to these treaty rights were also high. The NEB's environmental assessment concluded that the project could increase the mortality risk of marine mammals, cause permanent hearing damage, and change their migration routes, thereby affecting traditional resource use. Given the importance of the rights at stake, the significance of the potential impact, and the risk of non-compensable damage, the duty owed in this case falls at the highest end of the spectrum.

[45] Bearing this in mind, the consultation that occurred here fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. While the NEB found that the proposed testing was not likely to cause significant adverse environmental effects, and that any effects on traditional resource use could be addressed by mitigation measures, the consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*. No consideration was given in the NEB's environmental assessment to the source — in a treaty — of the appellants' rights to harvest marine mammals, nor to the impact of the proposed testing on those rights.

[46] Furthermore, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. The significance of the process was not adequately explained to them.

[47] Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown's duty to conduct deep consultation. Deep consultation "may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision" (*Haida*, at para. 44). Despite the NEB's broad powers under *COGOA* to afford those advantages, limited opportunities for participation and consultation were made available to the appellants.

[44] Les essais proposés comportent également des risques importants pour ces droits issus de traités. Selon l'évaluation environnementale de l'ONÉ, ce projet est susceptible d'accroître le risque de mortalité chez les mammifères marins, de causer des dommages permanents à leur ouïe et de modifier leurs routes migratoires, situation qui a en conséquence une incidence sur l'utilisation des ressources traditionnelles. En raison de l'importance du droit en jeu, de la portée des effets potentiels et du risque de préjudice non indemnisable, l'obligation qui s'impose dans la présente affaire se situe à l'extrémité supérieure du continuum.

[45] Dans cette optique, la consultation qui a eu lieu en l'espèce a été lacunaire à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Bien que l'ONÉ ait conclu que les essais proposés n'étaient pas susceptibles d'avoir des effets environnementaux négatifs importants, et que tout effet sur l'utilisation des ressources traditionnelles pourrait faire l'objet de mesures d'atténuation, le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le *droit*. Dans son évaluation environnementale, l'ONÉ n'a pas pris en considération la source — un traité — des droits des appelants de récolter des mammifères marins, ni l'incidence des essais proposés sur ces droits.

[46] Deuxièmement, il n'a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s'en remettait aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. L'importance du processus ne leur a pas été expliquée adéquatement.

[47] Enfin, élément le plus important, le processus de l'ONÉ n'a pas permis de satisfaire à l'obligation de la Couronne de mener une consultation approfondie. Une telle consultation « pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Haida*, par. 44). Malgré les vastes pouvoirs que la *LOPC* confère à l'ONÉ pour offrir de telles mesures avantageuses, les appelants n'ont bénéficié

Unlike many NEB proceedings, including the proceedings in *Chippewas of the Thames*, there were no oral hearings. Although the appellants submitted scientific evidence to the NEB, this was done without participant funding. Again, this stands in contrast to *Chippewas of the Thames*, where the consultation process was far more robust. In that case, the NEB held oral hearings, the appellants received funding to participate in the hearings, and they had the opportunity to present evidence and a final argument.<sup>5</sup> While these procedural protections are characteristic of an adversarial process, they may be required for meaningful consultation (*Haida*, at para. 41) and do not transform its underlying objective: fostering reconciliation by promoting an ongoing relationship (*Carrier Sekani*, at para. 38).

[48] The consultation in this case also stands in contrast to *Taku River* where, despite its entitlement to consultation falling only at the midrange of the spectrum (para. 32), the Taku River Tlingit First Nation, with financial assistance (para. 37), fully participated in the assessment process as a member of the project committee, which was “the primary engine driving the assessment process” (paras. 3, 8 and 40).

[49] While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. Although the appellants had the opportunity to question the proponents about the project during the NEB meetings in the spring of 2013, the proponents were unable to answer many questions, including

<sup>5</sup> The NEB process in *Chippewas of the Thames* was undertaken pursuant to the *NEB Act*, not *COGOA*. Under the *NEB Act*, the NEB had at the relevant time, and still has today, explicit statutory powers to conduct public hearings (s. 24) and provide participant funding for such hearings (s. 16.3). As noted above, Parliament conferred similar powers upon the NEB under *COGOA* in 2015.

que de très peu de possibilités de participation et de consultation. Contrairement à de nombreuses autres instances de l'ONÉ, y compris celle dans l'affaire *Chippewas of the Thames*, il n'y a pas eu d'audiences en l'espèce. Bien que les appelants aient soumis des éléments de preuve scientifique à l'ONÉ, ils l'ont fait sans recevoir d'aide financière à l'intention des participants. Une autre situation qui contraste avec l'affaire *Chippewas of the Thames*, où le processus de consultation a été beaucoup plus robuste. Dans cette affaire, l'ONÉ a tenu des audiences, les appelants ont reçu des fonds pour y participer et ils ont eu l'occasion de présenter des éléments de preuve et des observations finales<sup>5</sup>. Quoique ces garanties procédurales constituent des caractéristiques d'un processus contradictoire, elles peuvent être nécessaires pour qu'une véritable consultation ait lieu (*Haida*, par. 41) et elles ne transforment pas l'objectif sous-jacent de cette consultation, soit encourager la réconciliation tout en favorisant le maintien de relations constantes (*Carrier Sekani*, par. 38).

[48] La consultation qui s'est déroulée en l'espèce contraste également avec celle tenue dans l'affaire *Taku River* où, même si elle avait droit uniquement à un niveau de consultation se trouvant à mi-chemin du continuum (par. 32), la Première Nation Tlingit de Taku River a obtenu de l'aide financière (par. 37) et a participé pleinement au processus d'évaluation en tant que membre du comité responsable du projet, comité qui était le « principal moteur du processus d'évaluation » (par. 3, 8 et 40).

[49] Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence en l'espèce a réduit de façon importante la qualité de la consultation. Même si les appelants ont eu la possibilité d'interroger les promoteurs au sujet du projet lors des rencontres organisées par l'ONÉ au printemps 2013, ces derniers ont été incapables de répondre à

<sup>5</sup> Le processus suivi par l'ONÉ dans l'affaire *Chippewas of the Thames* s'est déroulé conformément à la *Loi sur l'ONÉ*, et non à la *LOPC*. En vertu de la *Loi sur l'ONÉ*, l'ONÉ possédait au moment pertinent, et possède encore aujourd'hui, le pouvoir explicite de tenir des audiences publiques (art. 24) et de verser de l'aide financière en vue de faciliter la participation à de telles audiences (art. 16.3). Comme il a été indiqué précédemment, le Parlement a conféré à l'ONÉ des pouvoirs similaires dans la *LOPC* en 2015.

basic questions about the effect of the proposed testing on marine mammals. The proponents did eventually respond to these questions; however, they did so in a 3,926 page document which they submitted to the NEB. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit. Internet speed is slow in Nunavut, however, and bandwidth is expensive. The former mayor of Clyde River deposed that he was unable to download this document because it was too large. Furthermore, only a fraction of this enormous document was translated into Inuktitut. To put it mildly, furnishing answers to questions that went to the heart of the treaty rights at stake in the form of a practically inaccessible document dump months after the questions were initially asked in person is not true consultation. “[C]on-sultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding” (T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61). No mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations — could possibly have emerged from what occurred here.

[50] The fruits of the Inuit’s limited participation in the assessment process here are plain in considering the accommodations recorded by the NEB’s environmental assessment report. It noted changes made to the project as a result of consultation, such as a commitment to ongoing consultation, the placement of community liaison officers in affected communities, and the design of an Inuit Qaujimajatuqangit (Inuit traditional knowledge) study. The proponents also committed to installing passive acoustic monitoring on the ship to be used in the proposed testing to avoid collisions with marine mammals.

de nombreuses questions, y compris des questions de base sur les effets des essais proposés sur les mammifères marins. Les promoteurs ont finalement répondu à ces questions; cependant, ils l’ont fait dans un document de 3 926 pages, qu’ils ont soumis à l’ONÉ. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et remis aux bureaux des hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqualuit. Toutefois, l’Internet est lent au Nunavut, et la bande passante est coûteuse. L’ancien maire de Clyde River a déclaré avoir été incapable de télécharger le document, puisque celui-ci était trop volumineux. De plus, une fraction seulement de cet énorme document a été traduite en inuktitut. Le moins que l’on puisse dire, c’est que le fait de répondre à des questions qui touchent à l’essence des droits issus de traités en cause au moyen d’un amas documentaire pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées en personne ne constitue pas une véritable consultation. Selon des auteurs, le mot [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » (T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61). Aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements — n’aurait pu vraiment aboutir de ce qui s’est déroulé dans la présente affaire.

[50] Les fruits de la participation limitée des Inuits au processus d’évaluation en l’espèce ressortent clairement de l’examen des mesures d’accommodement consignées dans le rapport d’évaluation environnementale de l’ONÉ. Il y est fait état des changements apportés au projet par suite de la consultation, par exemple un engagement à poursuivre les consultations, l’affectation d’agents de liaison auprès de la communauté dans les communautés touchées et un projet d’étude sur les Inuit Qaujimajatuqangit (connaissances traditionnelles inuites). Les promoteurs se sont aussi engagés à doter le navire devant être utilisé pour les essais proposés d’appareils de surveillance acoustique afin d’éviter les collisions avec des mammifères marins.

[51] These changes were, however, insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Further, passive acoustic monitoring was no concession at all, since it is a requirement of the Statement of Canadian Practice With Respect to the Mitigation of Seismic Sound in the Marine Environment which provides "minimum standards, which will apply in all non-ice covered marine waters in Canada" (A.R., vol. I, at p. 40), and which would be included in virtually all seismic testing projects. None of these putative concessions, nor the NEB's reasons themselves, gave the Inuit any reasonable assurance that their constitutionally protected treaty rights were considered as *rights*, rather than as an afterthought to the assessment of environmental concerns.

[52] The consultation process here was, in view of the Inuit's established treaty rights and the risk posed by the proposed testing to those rights, significantly flawed. Had the appellants had the resources to submit their own scientific evidence, and the opportunity to test the evidence of the proponents, the result of the environmental assessment could have been very different. Nor were the Inuit given meaningful responses to their questions regarding the impact of the testing on marine life. While the NEB considered potential impacts of the project on marine mammals and on Inuit traditional resource use, its report does not acknowledge, or even mention, the Inuit treaty rights to harvest wildlife in the Nunavut Settlement Area, or that deep consultation was required.

#### IV. Conclusion

[53] For the foregoing reasons, we conclude that the Crown breached its duty to consult the appellants in respect of the proposed testing. We would allow the appeal with costs to the appellants, and quash the NEB's authorization.

*Appeal allowed with costs.*

[51] Cependant, ces changements ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En outre, la surveillance acoustique passive ne constituait aucunement une concession, puisqu'elle est exigée par l'Énoncé des pratiques canadiennes d'atténuation des ondes sismiques en milieu marin, lequel énonce des « normes minimales, qui s'appliquent dans toutes les eaux marines du Canada libres de glace » (d.a., vol. I, p. 40), et qui figureraient virtuellement dans tous les projets d'essais sismiques. Aucune de ces soi-disant concessions, ni les motifs eux-mêmes exposés par l'ONÉ, n'ont donné aux Inuits une assurance raisonnable que leurs droits issus de traités protégés par la Constitution avaient été considérés en tant que *droits*, plutôt que comme un aspect accessoire de l'évaluation des préoccupations environnementales.

[52] Compte tenu des droits issus de traités établis que possèdent les Inuits et des risques que posent pour ces droits les essais proposés, le processus de consultation qui s'est déroulé en l'espèce a comporté d'importantes lacunes. Si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour présenter leur propre preuve scientifique, et s'ils avaient eu l'occasion de vérifier la validité de la preuve des promoteurs, le résultat de l'évaluation environnementale aurait pu être bien différent. Les Inuits n'ont pas non plus reçu de réponses concrètes à leurs questions au sujet de l'effet des essais sur la vie marine. Bien que l'ONÉ ait examiné les répercussions potentielles du projet sur les mammifères marins et sur l'utilisation traditionnelle des ressources par les Inuits, son rapport ne reconnaît pas, ni même ne mentionne, l'existence des droits issus de traités des Inuits de récolter des ressources fauniques au Nunavut ou le fait qu'une consultation approfondie était nécessaire.

#### IV. Conclusion

[53] Pour ces motifs, nous concluons que la Couronne a manqué à son obligation de consulter les appelants au sujet des essais proposés. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants, et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellants: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS): Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated: Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Dionne Schulze, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation: Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kler Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs des appelants : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs des intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS) : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureure de l'intimée la procureure générale du Canada : Procureure générale du Canada, Saskatoon.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated : Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Procureurs de l'intervenante Makivik Corporation : Dionne Schulze, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut : Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Inuvialuit Regional Corporation : Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kler Townshend, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*