

Chippewas of the Thames First Nation
Appellant

v.

**Enbridge Pipelines Inc.,
National Energy Board and
Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Saskatchewan,
Nunavut Wildlife Management Board,
Suncor Energy Marketing Inc.,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Mississaugas of the New Credit First Nation
and Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST
NATION v. ENBRIDGE PIPELINES INC.**

2017 SCC 41

File No.: 36776.

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 — Aboriginal rights — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact Aboriginal and treaty rights — Pipeline crossing traditional territory of First Nation — National Energy Board approving modification of pipeline — Whether Board's contemplated decision on project's approval amounted to Crown conduct triggering duty to consult — Whether Crown consultation can be conducted through regulatory process — Role of regulatory tribunal when Crown not a party to regulatory process — Scope of duty to consult — Whether there was adequate notice to First Nation that Crown was relying on Board's process to fulfill its duty to consult — Whether Crown's consultation obligation fulfilled — Whether Board's written reasons were sufficient

Chippewas of the Thames First Nation
Appelante

c.

**Pipelines Enbridge inc.,
Office national de l'énergie et
procureure générale du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Saskatchewan,
Conseil de gestion des ressources fauniques
du Nunavut, Suncor Energy Marketing Inc.,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Mississaugas of the New Credit First Nation
et Chiefs of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST
NATION c. PIPELINES ENBRIDGE INC.**

2017 CSC 41

N° du greffe : 36776.

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 — Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue

to satisfy Crown's obligation — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 58.

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, was the final decision maker on an application by Enbridge Pipelines Inc. for a modification to a pipeline that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. The NEB issued notice to Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process. The Chippewas were granted funding to participate in the process, and they filed evidence and delivered oral argument delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills, which could adversely impact their use of the land. The NEB approved the project, and was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information and had the opportunity to share their views. The NEB also found that potential project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups would likely be minimal and would be appropriately mitigated. A majority of the Federal Court of Appeal dismissed the Chippewas' appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

When an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights, the NEB's decision would itself be Crown conduct that implicates the Crown's duty to consult. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work could potentially adversely affect the Chippewas' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult.

The Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult so long as the

de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, était le décideur ultime concernant une demande présentée par Pipelines Enbridge inc. en vue que soit apportée à une canalisation une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. L'ONÉ a envoyé un avis à des groupes autochtones, y compris aux Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à venir. Les Chippewas ont obtenu les fonds nécessaires pour participer au processus, et ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience faisant état de leur crainte que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation du territoire. L'ONÉ a approuvé le projet, estimant que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet et avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue. L'ONÉ a également conclu que les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seraient vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel des Chippewas.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un organisme de réglementation indépendant tel l'ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, la décision de l'ONÉ constituerait en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas, la Couronne avait une obligation de consulter.

La Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation

agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances, and so long as it is made clear to the affected Indigenous group that the Crown is so relying. However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation prior to project approval. Otherwise, a regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed.

A regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the hearing process. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights. As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation was adequate if the concern is raised before it. The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown. However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law and an obligation to make decisions within the contours of the state's constitutional obligations.

The duty to consult is not the vehicle to address historical grievances. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the current decision under consideration. Even taking the strength of the Chippewas' claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate. Potentially affected Indigenous groups were given early notice of the NEB's hearing and were invited to participate in the process. The Chippewas accepted the invitation and appeared before the NEB. They were aware that the NEB was the final decision maker. Moreover, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. The circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice that it intended to

de consulter, dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances, et dans la mesure où il est clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couronne s'en remet à ce processus. Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée.

Le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement au processus d'audience. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités. En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates. La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière. Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État.

L'obligation de consulter n'est pas un moyen approprié de régler des griefs historiques. La consultation s'intéresse à l'effet sur les droits revendiqués de la décision actuellement considérée. Même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas la solidité de leur revendication et la gravité de l'impact potentiel sur les droits qu'ils invoquent, la consultation menée en l'espèce a manifestement été adéquate. Les groupes autochtones susceptibles d'être touchés ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences de l'ONÉ et ont été invités à participer au processus. Les Chippewas ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ. Ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime. De plus, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas que le processus de l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son

rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, its consultation obligation was met.

The NEB's statutory powers under s. 58 of the *National Energy Board Act* were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case. Furthermore, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, the NEB provided the Chippewas with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, in order to mitigate potential risks, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

Finally, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation, the NEB must usually provide written reasons. What is necessary is an indication that the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights and interests into consideration and accommodated them where appropriate. In this case, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. Unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, the discussion of Aboriginal consultation was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous groups and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address any negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

Cases Cited

Applied: *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **referred to:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC

omission de donner avis en temps utile de son intention de s'en remettre au processus de l'ONÉ pour s'acquitter de son obligation de consulter, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

Du fait des pouvoirs que l'art. 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas. En outre, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, l'ONÉ a fourni aux Chippewas une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

Enfin, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit. Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire. En l'espèce, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. L'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux groupes autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à tout effet préjudiciable sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004

73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *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; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 3, 22(1), Part III, 30(1), 52, 54(1), 58.
Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations, C.R.C., c. 1058.

Authors Cited

Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Ryer, Webb and Rennie J.J.A.), 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] F.C.J. No. 1294 (QL), 2015 CarswellNat 5511 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. OH-002-2013, March 6, 2014, 2014 LNCNEB 4 (QL). Appeal dismissed.

David C. Nahwegahbow and Scott Robertson, for the appellant.

Douglas E. Crowther, Q.C., Joshua A. Jantzi and Aaron Stephenson, for the respondent Enbridge Pipelines Inc.

Jody Saunders and Kristen Lozynsky, for the respondent the National Energy Board.

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

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

CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *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; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *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.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 3, 22(1), partie III, 30(1), 52, 54(1), 58.
Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs, C.R.C., c. 1058.

Doctrine et autres documents cités

Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Ryer, Webb et Rennie), 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] A.C.F. n° 1294 (QL), 2015 CarswellNat 10332 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l'Office national de l'énergie, n° OH-002-2013, datée du 6 mars 2014, 2014 LNCONE 4 (QL). Pourvoi rejeté.

David C. Nahwegahbow et Scott Robertson, pour l'appelante.

Douglas E. Crowther, c.r., Joshua A. Jantzi et Aaron Stephenson, pour l'intimée Pipelines Enbridge inc.

Jody Saunders et Kristen Lozynsky, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Peter Southey et Mark R. Kindrachuk, c.r., 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, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

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

Martin Ignasiak, *W. David Rankin* and *Thomas Kehler*, for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.

Francis Walsh and *Suzanne Jackson*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Nuri G. Frame, *Jason T. Madden* and *Jessica Labranche*, for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation.

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

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] In this appeal and in its companion, *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, this Court must consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples prior to an independent regulatory agency's approval of a project that could impact their rights. As we explain in the companion case, the Crown may rely on regulatory processes to partially or completely fulfill its duty to consult.

[2] These cases demonstrate that the duty to consult has meaningful content, but that it is limited in scope. The duty to consult is rooted in the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights that flows from the implementation of the specific project at issue; it is not about resolving broader claims that transcend the scope of the proposed project. That said, the duty to consult requires

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

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

Martin Ignasiak, *W. David Rankin* et *Thomas Kehler*, pour l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc.

Francis Walsh et *Suzanne Jackson*, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Nuri G. Frame, *Jason T. Madden* et *Jessica Labranche*, pour l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation.

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] Dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, la Cour est appelée à examiner l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'approuve un projet susceptible de porter atteinte à leurs droits. Comme nous l'expliquons dans le pourvoi connexe, la Couronne peut s'en remettre à des processus réglementaires pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter.

[2] Il ressort de ces décisions que l'obligation de consulter a un contenu significatif, mais que sa portée est limitée. L'obligation de consulter tire son origine du besoin d'éviter qu'il soit porté à des droits revendiqués ou reconnus une atteinte découlant de la mise en œuvre d'un projet donné; elle n'a pas pour objet de résoudre des revendications plus larges dépassant le cadre du projet en question. Cela dit,

an informed and meaningful opportunity for dialogue with Indigenous groups whose rights may be impacted.

[3] The Chippewas of the Thames First Nation has historically resided near the Thames River in southwestern Ontario, where its members carry out traditional activities that are central to their identity and way of life. Enbridge Pipelines Inc.'s Line 9 pipeline crosses their traditional territory.

[4] In November 2012, Enbridge applied to the National Energy Board (NEB) for approval of a modification of Line 9 that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. These changes would increase the assessed risk of spills along the pipeline. The Chippewas of the Thames requested Crown consultation before the NEB's approval, but the Crown signalled that it was relying on the NEB's public hearing process to address its duty to consult.

[5] The NEB approved Enbridge's proposed modification. The Chippewas of the Thames then brought an appeal from that decision to the Federal Court of Appeal, arguing that the NEB had no jurisdiction to approve the Line 9 modification in the absence of Crown consultation. The majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal, and the Chippewas of the Thames brought an appeal from that decision to this Court. For the reasons set out below, we would dismiss the appeal. The Crown is entitled to rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult. In this case, in light of the scope of the project and the consultation process afforded to the Chippewas of the Thames by the NEB, the Crown's duty to consult and accommodate was fulfilled.

l'obligation de consulter exige une véritable possibilité de dialogue avec les groupes autochtones dont les droits peuvent être touchés.

[3] L'appelante, Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas de la Thames), vit depuis longtemps près de la rivière Thames dans le Sud-Ouest de l'Ontario, où ses membres poursuivent des activités traditionnelles qui sont au cœur de leur identité et de leur mode de vie. La canalisation 9 de Pipelines Enbridge inc. traverse son territoire traditionnel.

[4] En novembre 2012, Enbridge a demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) d'approuver, à l'égard de la canalisation 9, une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. Ces changements aggraveraient les risques de déversements le long du pipeline qui ont été évalués. Les Chippewas de la Thames ont demandé à la Couronne de les consulter avant que l'ONÉ n'approuve le projet, mais la Couronne a répondu qu'elle s'en remettait au processus d'audience publique de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter.

[5] L'ONÉ a approuvé la modification proposée par Enbridge. Les Chippewas de la Thames ont alors interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel fédérale, soutenant que l'ONÉ n'avait pas compétence pour approuver le changement proposé à la canalisation 9 en l'absence de consultations menées par la Couronne. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel et les Chippewas de la Thames ont porté cette décision en appel devant la Cour. Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis de rejeter l'appel. La Couronne est autorisée à s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. En l'espèce, compte tenu de la portée du projet et du processus de consultation de l'ONÉ dont ont bénéficié les Chippewas de la Thames, la Couronne a satisfait à son obligation de consultation et d'accommodement.

II. Background

A. *The Chippewas of the Thames First Nation*

[6] The Chippewas of the Thames are the descendants of a part of the Anishinaabe Nation that lived along the shore of the Thames River in southwestern Ontario prior to the arrival of European settlers in the area at the beginning of the 18th century. Their ancestors' lifestyle involved hunting, fishing, trapping, gathering, growing corn and squash, performing ceremonies at sacred sites, and collecting animals, plants, minerals, maple sugar and oil in their traditional territory.

[7] The Chippewas of the Thames assert that they have a treaty right guaranteeing their exclusive use and enjoyment of their reserve lands. They also assert Aboriginal harvesting rights as well as the right to access and preserve sacred sites in their traditional territory. Finally, they claim Aboriginal title to the bed of the Thames River, its airspace, and other lands throughout their traditional territory.

B. *Legislative Scheme*

[8] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established under s. 3 of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*), whose functions include the approval and regulation of pipeline projects. The *NEB Act* prohibits the operation of a pipeline unless a certificate of public convenience and necessity has been issued for the project and the proponent has been given leave under Part III to open the pipeline (s. 30(1)).

[9] The NEB occupies an advisory role with respect to the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Under ss. 52(1) and 52(2), it can submit a report to the Minister of Natural Resources setting out: (i) its recommendation on whether a certificate should be issued based on its consideration of certain criteria; and (ii) the terms

II. Contexte

A. *Les Chippewas de la Thames*

[6] Les Chippewas de la Thames sont les descendants d'une partie de la Nation Anishinaabe qui vivait au bord de la rivière Thames, dans le Sud-Ouest de l'Ontario, avant que les colons européens ne s'établissent dans cette région au début du 18^e siècle. Leurs ancêtres avaient un mode de vie axé sur la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette et la culture du maïs et de la courge; ils célébraient des cérémonies sur des sites sacrés et pouvaient trouver sur leur territoire traditionnel des animaux, des plantes, des minéraux, du sucre d'érable et de l'huile.

[7] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'ils possèdent un droit issu de traités qui leur garantit l'utilisation et la jouissance exclusives de leurs terres de réserve. Ils affirment par ailleurs posséder des droits ancestraux de récolte ainsi que le droit d'accéder à des sites sacrés sur leur territoire traditionnel et de les protéger. Enfin, ils revendiquent le titre ancestral sur le lit de la rivière Thames et sur son espace aérien, ainsi que sur d'autres terres de leur territoire traditionnel.

B. *Régime législatif*

[8] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation constitué sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). Il a notamment pour fonction d'approuver et d'encadrer les projets de pipeline. La *Loi sur l'ONÉ* interdit l'exploitation d'un pipeline sans qu'un certificat d'utilité publique ait été délivré à l'égard du projet et que le promoteur ait été autorisé aux termes de la partie III à mettre le pipeline en service (par. 30(1)).

[9] L'ONÉ exerce un rôle consultatif pour ce qui est de la délivrance des certificats d'utilité publique. Les paragraphes 52(1) et 52(2) prévoient qu'il peut présenter au ministre des Ressources naturelles un rapport où figurent : (i) sa recommandation motivée à savoir si un certificat devrait être délivré eu égard à certains critères; (ii) les conditions qu'il estime

and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to be attached to the project should the certificate be issued. The Governor in Council may then direct the NEB either to issue the certificate or to dismiss the application (s. 54(1)).

[10] Under s. 58 of the *NEB Act*, however, the NEB may make orders, on terms and conditions that it considers proper, exempting smaller pipeline projects or project modifications from various requirements that would otherwise apply under Part III, including the requirement for the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Consequently, as in this case, smaller projects and amendments to existing facilities are commonly sought under s. 58. The NEB is the final decision maker on s. 58 exemptions.

C. *The Line 9 Pipeline and the Project*

[11] The Line 9 pipeline, connecting Sarnia to Montreal, opened in 1976 with the purpose of transporting crude oil from western Canada to eastern refineries. Line 9 cuts through the Chippewas of the Thames' traditional territory and crosses the Thames River. It was approved and built without any consultation of the Chippewas of the Thames.

[12] In 1999, following NEB approval, Line 9 was reversed to carry oil westward. In July 2012, the NEB approved an application from Enbridge, the current operator of Line 9, for the re-reversal (back to eastward flow) of the westernmost segment of Line 9, between Sarnia and North Westover, called "Line 9A".

[13] In November 2012, Enbridge filed an application under Part III of the *NEB Act* for a modification to Line 9. The project would involve reversing the flow (to eastward) in the remaining 639-kilometre segment of Line 9, called "Line 9B", between North Westover and Montreal; increasing the annual capacity of Line 9 from 240,000

utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au projet dans le cas où le certificat serait délivré. Le gouverneur en conseil peut ensuite donner instruction à l'ONÉ de délivrer le certificat ou de rejeter la demande (par. 54(1)).

[10] En vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, cependant, l'ONÉ peut, par ordonnance et aux conditions qu'il estime indiquées, soustraire les projets de pipeline de petite envergure ou les modifications apportées à un projet à l'application de diverses exigences autrement applicables sous le régime de la partie III, notamment à l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique. Par conséquent, comme c'est le cas en l'espèce, les demandes concernant les projets de moindre envergure et les modifications à des installations existantes sont habituellement fondées sur l'art. 58. C'est donc l'ONÉ qui est le décideur ultime en ce qui concerne les exemptions prévues à l'art. 58.

C. *La canalisation 9 et le projet*

[11] La canalisation 9, qui relie Sarnia à Montréal, a été mise en service en 1976 afin de transporter du pétrole brut de l'Ouest du Canada jusqu'aux raffineries de l'Est. La canalisation 9 traverse le territoire traditionnel des Chippewas de la Thames ainsi que la rivière Thames. Elle a été approuvée et construite sans que les Chippewas de la Thames aient été consultés.

[12] En 1999, après approbation de l'ONÉ, le débit de la canalisation 9 a été inversé vers l'ouest. En juillet 2012, l'ONÉ a approuvé une demande d'Enbridge, l'exploitante actuelle de la canalisation 9, visant à ce qu'il soit inversé de nouveau (et s'écoule vers l'est) dans le tronçon le plus à l'ouest, entre Sarnia et North Westover, appelé « canalisation 9A ».

[13] En novembre 2012, Enbridge a présenté une demande de modification à la canalisation 9 fondée sur la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*. Le projet consistait à inverser (vers l'est) le sens de l'écoulement pour le tronçon restant de la canalisation 9, appelé « canalisation 9B », d'une longueur de 639 kilomètres entre North Westover et Montréal,

to 300,000 barrels per day; and allowing for the transportation of heavy crude. While the project involved a significant increase of Line 9's throughput, virtually all of the required construction would take place on previously disturbed lands owned by Enbridge and on Enbridge's right of way.

[14] Enbridge also sought exemptions under s. 58 from various filing requirements which would otherwise apply under Part III of the *NEB Act*, the *Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations*, C.R.C., c. 1058, and the NEB's Filing Manual. The most significant requested exemption was to dispense with the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which as explained above is subject to the Governor in Council's final approval under s. 52 of the *NEB Act*. Without the need for a Governor in Council-approved certificate, the NEB would have the final word on the project's approval.

[15] In December 2012, the NEB, having determined that Enbridge's application was complete enough to proceed to assessment, issued a hearing order, which established the process for the NEB's consideration of the project. This process culminated in a public hearing, the purpose of which was for the NEB to gather and review information that was relevant to the assessment of the project. Persons or organizations interested in the outcome of the project, or in possession of relevant information or expertise, could apply to participate in the hearing. The NEB accepted the participation of 60 interveners and 111 commenters.

D. *Indigenous Consultation on the Project*

[16] In February 2013, after Enbridge filed its application and several months before the hearings, the NEB issued notice to 19 potentially affected Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames, informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process.

à accroître la capacité annuelle de la canalisation 9, qui passerait de 240 000 à 300 000 barils par jour, et à permettre le transport de pétrole brut. Si le projet impliquait une augmentation importante du débit de la canalisation 9, la presque totalité des travaux nécessaires devaient toutefois avoir lieu sur des terres déjà perturbées appartenant à Enbridge et dans les limites de l'emprise d'Enbridge.

[14] Se fondant sur l'art. 58, Enbridge a également demandé d'être soustraite à certaines exigences en matière de dépôt prévues par la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*, par le *Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs*, C.R.C., c. 1058, et par le Guide de dépôt de l'ONÉ. Elle demandait surtout à être exemptée de l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique qui, comme nous l'avons expliqué, est assujéti à l'approbation finale du gouverneur en conseil en vertu de l'art. 52 de la *Loi sur l'ONÉ*. Sans cette obligation concernant l'obtention d'un certificat approuvé par le gouverneur en conseil, l'ONÉ aurait le dernier mot sur l'approbation du projet.

[15] En décembre 2012, après avoir déterminé que la demande d'Enbridge était assez complète pour qu'il puisse procéder à son évaluation, l'ONÉ a rendu une ordonnance d'audience qui fixait la marche à suivre pour l'examen du projet. Le processus a abouti à une audience publique qui devait permettre à l'ONÉ de recueillir et d'examiner des renseignements pertinents pour l'examen du projet. Les personnes ou organisations intéressées par l'issue du projet, ou possédant des informations ou des compétences pertinentes, pouvaient présenter une demande de participation à l'audience. L'ONÉ a accédé à la demande de 60 intervenants et de 111 auteurs d'une lettre de commentaires.

D. *Consultation des peuples autochtones au sujet du projet*

[16] En février 2013, après le dépôt de la demande d'Enbridge et plusieurs mois avant les audiences, l'ONÉ a envoyé un avis à 19 groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet, y compris aux Chippewas de la Thames, afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à

Between April and July 2013, it also held information meetings in three communities upon their request.

[17] In September 2013, prior to the NEB hearing, the Chiefs of the Chippewas of the Thames and the Aamjiwnaang First Nation wrote a joint letter to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources, and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development. The letter described the asserted Aboriginal and treaty rights of both groups and the project's potential impact on them. The Chiefs noted that no Crown consultation with any affected Indigenous groups had taken place with respect to the project's approval, and called on the Ministers to initiate Crown consultation. No response arrived until after the conclusion of the NEB hearing.

[18] In the meantime, the NEB's process unfolded. The Chippewas of the Thames were granted funding to participate as an intervener, and they filed evidence and delivered oral argument at the hearing delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills along Line 9, which could adversely impact their use of the land and the Thames River for traditional purposes.

[19] In January 2014, after the NEB's hearing process had concluded, the Minister of Natural Resources responded to the September 2013 letter. The response acknowledged the Government of Canada's commitment to fulfilling its duty to consult where it exists, and stated that the "[NEB's] regulatory review process is where the Government's jurisdiction on a pipeline project is addressed. The Government relies on the NEB processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under its mandate" (A.R., vol. VI, at p. 47). In sum, the Minister indicated that he would be relying solely on the NEB's process to fulfill the Crown's duty to consult Indigenous peoples on the project.

venir. D'avril à juillet 2013, l'ONÉ a également tenu des séances d'information dans trois communautés, à la demande de celles-ci.

[17] En septembre 2013, avant l'audience de l'ONÉ, les chefs des Chippewas de la Thames et de la Aamjiwnaang First Nation ont écrit conjointement au premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Nord. Dans leur lettre, ils décrivaient les droits ancestraux et issus de traités invoqués par les deux groupes et les répercussions potentielles du projet sur ces droits. Les chefs soulignaient le fait que la Couronne n'avait consulté aucun des groupes touchés au sujet de l'approbation du projet et ils ont demandé aux ministres d'amorcer un processus de consultation menée par la Couronne. Ils n'ont reçu une réponse qu'une fois l'audience de l'ONÉ terminée.

[18] Entre-temps, le processus de l'ONÉ a suivi son cours. Les Chippewas de la Thames ont obtenu les fonds nécessaires pour y participer en qualité d'intervenants. Ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience. Ils ont dit craindre que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements le long de la canalisation 9, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation traditionnelle du territoire et de la rivière.

[19] En janvier 2014, une fois le processus d'audience de l'ONÉ terminé, le ministre des Ressources naturelles a répondu à la lettre qu'il avait reçue en septembre 2013. La réponse faisait état de l'engagement du gouvernement du Canada à s'acquitter de l'obligation de consulter lorsqu'elle existe et précisait que [TRADUCTION] « le processus d'examen réglementaire [de l'ONÉ] est le cadre dans lequel la question de la compétence du gouvernement à l'égard d'un projet de pipeline est examinée. Le gouvernement s'en remet au processus de l'ONÉ pour l'examen des effets potentiels sur les droits ancestraux et issus de traités que peuvent avoir les projets qui relèvent de son mandat » (d.a., vol. VI, p. 47). En somme, le ministre indiquait qu'il s'en remettait exclusivement au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones au sujet du projet.

III. The Decisions Below

A. *The NEB's Decision, 2014 LNCNEB 4 (QL)*

[20] The NEB approved the project, finding that it was in the public interest and consistent with the requirements in the *NEB Act*. It explained that the approval “enables Enbridge to react to market forces and provide benefits to Canadians, while at the same time implementing the Project in a safe and environmentally sensitive manner” (para. 20). The NEB imposed conditions on the project related to pipeline integrity, safety, environmental protection, and the impact of the project on Indigenous communities.

[21] In its discussion of Aboriginal Matters (Chapter 7 of the NEB's reasons), the NEB explained that it “interprets its responsibilities, including those outlined in section 58 of the NEB Act, in a manner consistent with the *Constitution Act, 1982*, including section 35” (para. 293). It noted that proponents are required to make reasonable efforts to consult with Indigenous groups, and that the NEB hearing process is part of the consultative process. In deciding whether a project is in the public interest, the NEB “considers all of the benefits and burdens associated with the project, balancing the interests and concerns of Aboriginal groups with other interests and factors” (para. 301).

[22] The NEB noted that, in this case, the scope of the project was limited. It was not an assessment of the current operating Line 9, but rather of the modifications required to increase the capacity of Line 9, transport heavy crude on Line 9, and reverse the flow of Line 9B. Enbridge would not need to acquire any new permanent land rights for the project. Most work would take place within existing Enbridge facilities and its existing right of way. Given the limited scope of the project, the NEB was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information about the project. It was also satisfied that potentially affected Indigenous groups had the opportunity to share their views about the project through the NEB hearing process and through discussions with Enbridge.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La décision de l'ONÉ, 2014 LNCONE 4 (QL)*

[20] L'ONÉ a approuvé le projet, estimant qu'il était dans l'intérêt public et qu'il répondait aux exigences de la *Loi sur l'ONÉ*. Il a expliqué que sa décision « donne à Enbridge la possibilité de réagir aux forces du marché et procure des avantages à la population canadienne. Elle permet également la mise en œuvre du projet d'une manière sécuritaire et écologique » (par. 20). L'ONÉ a assorti le projet de conditions relatives à l'intégrité et à la sécurité du pipeline, à la protection de l'environnement et à ses effets sur les communautés autochtones.

[21] Dans son analyse des questions autochtones (chapitre 7 de ses motifs), l'ONÉ explique qu'il « conçoit ses attributions, dont celles conférées par l'article 58 de la Loi, en conformité avec la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment l'article 35 » (par. 293). Il indique que les promoteurs doivent faire des efforts raisonnables pour consulter les groupes autochtones, et que le processus d'audience de l'ONÉ fait partie du processus de consultation global. Pour décider si un projet est d'intérêt public, l'ONÉ « en examine l'ensemble des retombées et des inconvénients et met en balance les intérêts et préoccupations des Autochtones, d'une part, et tous les autres facteurs et intérêts, d'autre part » (p. 301).

[22] L'ONÉ a noté qu'en l'espèce le projet était d'envergure limitée. Ce faisant, il ne se prononçait pas sur la canalisation 9 alors en exploitation, mais sur les modifications requises pour accroître sa capacité, permettre le transport de pétrole brut lourd et inverser le sens d'écoulement de la canalisation 9B. Il ne serait pas nécessaire pour Enbridge d'acquérir de nouveaux droits fonciers permanents pour réaliser le projet. La plupart des travaux se dérouleraient dans les limites de l'emprise et des installations existantes d'Enbridge. Compte tenu de l'envergure limitée du projet, l'ONÉ a estimé que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet. Il a ajouté que ceux-ci avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue sur le projet à la faveur du processus d'audience de

The NEB expected that Enbridge would continue consultations after the project's approval.

[23] While Enbridge acknowledged that the project would increase the assessed risk for some parts of Line 9, the NEB found that "any potential Project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups are likely to be minimal and will be appropriately mitigated" (para. 343) given the project's limited scope, the commitments made by Enbridge, and the conditions imposed by the NEB. While the project would occur on lands used by Indigenous groups for traditional purposes, those lands are within Enbridge's existing right of way. The project was therefore unlikely to impact traditional land use. The NEB acknowledged that a spill on Line 9 could impact traditional land use, but it was satisfied that "Enbridge will continue to safely operate Line 9, protect the environment, and maintain comprehensive emergency response plans" (*ibid.*).

[24] The NEB imposed three conditions on the project related to Indigenous communities. Condition 6 required Enbridge to file an Environmental Protection Plan for the project including an Archaeological Resource Contingency plan. Condition 24 required Enbridge to prepare an Ongoing Engagement Report providing details on its discussions with Indigenous groups going forward. Condition 26 "directs Enbridge to include Aboriginal groups in Enbridge's continuing education program (including emergency management exercises), liaison program and consultation activities on emergency preparedness and response" (*ibid.*).

B. *Appeal to the Federal Court of Appeal, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96*

[25] The Chippewas of the Thames brought an appeal from the NEB's decision to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 22(1) of the *NEB Act*. They

l'ONÉ et de leurs discussions avec Enbridge. L'ONÉ s'attendait à ce qu'Enbridge poursuive les consultations une fois le projet approuvé.

[23] Bien qu'Enbridge ait reconnu que le projet ferait augmenter le risque évalué à l'égard de certains tronçons de la canalisation 9, l'ONÉ a conclu que « les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seront vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable » (par. 343), compte tenu de la portée limitée du projet, des engagements pris par Enbridge et des conditions imposées par l'ONÉ. Quoique le projet doive être réalisé sur des terres utilisées par les groupes autochtones à des fins traditionnelles, ces terres sont situées dans les limites de l'emprise actuelle d'Enbridge. Le projet n'aurait donc vraisemblablement pas d'effets sur les utilisations traditionnelles des terres. L'ONÉ a reconnu qu'un déversement sur la canalisation 9 pourrait avoir des effets sur les utilisations traditionnelles des terres, mais il était convaincu qu'« Enbridge continuera[it] d'exploiter la canalisation 9 de façon sécuritaire, de veiller à la protection de l'environnement et de s'appuyer sur des plans exhaustifs d'intervention en cas d'urgence » (*ibid.*).

[24] L'ONÉ a imposé à l'égard du projet trois conditions relatives aux communautés autochtones. La condition 6 obligeait Enbridge à présenter un plan de protection de l'environnement incluant un plan d'urgence relatif aux ressources archéologiques. La condition 24 exigeait d'Enbridge qu'elle prépare un rapport d'engagement permanent contenant des détails sur les discussions à venir avec les groupes autochtones. Enfin, la condition 26 « demand[ait] qu'Enbridge inclue les groupes autochtones dans son programme d'éducation permanente (y compris les exercices de sécurité civile), son programme de liaison et ses consultations en matière de protection civile et d'intervention » (*ibid.*).

B. *Appel à la Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96*

[25] Les Chippewas de la Thames ont interjeté appel de la décision de l'ONÉ à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. 22(1) de la *Loi sur*

argued that the decision should be quashed, as the NEB was “without jurisdiction to issue exemptions and authorizations to [Enbridge] prior to the Crown fulfilling its duty to consult and accommodate” (para. 2).

[26] The majority of the Federal Court of Appeal (Ryer and Webb JJ.A.) dismissed the appeal. It concluded that the NEB was not required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge’s application, whether the Crown had a duty to consult under *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and, if so, whether the Crown had fulfilled this duty.

[27] The majority also concluded that the NEB did not have a duty to consult the Chippewas of the Thames. It noted that while the NEB is required to carry out its mandate in a manner that respects s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the NEB had adhered to this obligation by requiring Enbridge to consult extensively with the Chippewas of the Thames and other First Nations.

[28] Rennie J.A. dissented. He would have allowed the appeal. In his view, the NEB was required to determine whether the duty to consult had been triggered and fulfilled. Given that the NEB is the final decision maker for s. 58 applications, it must have the power and duty to assess whether consultation is adequate, and to refuse a s. 58 application where consultation is inadequate.

IV. Analysis

A. *Crown Conduct Triggering the Duty to Consult*

[29] In the companion case to this appeal, *Clyde River*, we outline the principles which apply when an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights. In these circumstances, the NEB’s decision would itself be Crown conduct that

l’ONÉ. Ils ont fait valoir que la décision devait être annulée, car « il n’entraînait pas dans les pouvoirs de l’Office d’exempter et d’autoriser [Enbridge] avant que la Couronne ne se soit acquittée de son obligation de consulter l’appelante et de trouver des accommodements » (par. 2).

[26] Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale (les juges Ryer et Webb) ont rejeté l’appel. Ils ont conclu que l’ONÉ n’avait pas à décider, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d’Enbridge, si la Couronne était tenue à une obligation de consulter au sens de l’arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et, le cas échéant, si la Couronne avait satisfait à cette obligation.

[27] Les juges majoritaires ont également conclu que l’ONÉ n’était pas tenu de consulter les Chippewas de la Thames. Ils ont indiqué que, bien qu’il doive s’acquitter de son mandat conformément aux dispositions du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’ONÉ avait satisfait à cette obligation en exigeant d’Enbridge qu’elle participe à des consultations approfondies avec les Chippewas de la Thames et d’autres Premières Nations.

[28] Le juge Rennie, dissident, aurait accueilli l’appel. À son avis, l’ONÉ était tenu de déterminer si l’obligation de consulter avait pris naissance et si on y avait satisfait. Puisque l’ONÉ décide en dernier ressort des demandes fondées sur l’art. 58, il doit avoir le pouvoir et l’obligation de décider si une consultation est adéquate et de refuser une demande présentée au titre de l’art. 58 si la consultation est inadéquate.

IV. Analyse

A. *Mesures de la Couronne donnant naissance à l’obligation de consulter*

[29] Dans le pourvoi connexe *Clyde River*, nous exposons les principes applicables lorsqu’un organisme de réglementation indépendant tel que l’ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Dans un tel cas, la décision de l’ONÉ constituerait

implicates the Crown's duty to consult (*Clyde River*, at para. 29). A decision by a regulatory tribunal would trigger the Crown's duty to consult when the Crown has knowledge, real or constructive, of a potential or recognized Aboriginal or treaty right that may be adversely affected by the tribunal's decision (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 31; *Clyde River*, at para. 25).

[30] We do not agree with the suggestion that because the Crown, in the form of a representative of the relevant federal department, was not a party before the NEB, there may have been no Crown conduct triggering the duty to consult (see C.A. reasons, at paras. 57 and 69-70).

[31] As the respondents conceded before this Court, the NEB's contemplated decision on the project's approval would amount to Crown conduct. When the NEB grants an exemption under s. 58 of the *NEB Act* from the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which otherwise would be subject to Governor in Council approval, the NEB effectively becomes the final decision maker on the entire application. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work — the increase in flow capacity and change to heavy crude — could potentially adversely affect the Chippewas of the Thames' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult with respect to Enbridge's project application.

B. *Crown Consultation Can Be Conducted Through a Regulatory Process*

[32] The Chippewas of the Thames argue that meaningful Crown consultation cannot be carried out

en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter (*Clyde River*, par. 29). Une décision d'un tribunal administratif donnerait naissance à l'obligation de la Couronne de consulter lorsque celle-ci a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence d'un droit ancestral ou issu d'un traité, potentiel ou reconnu, sur lequel la décision pourrait avoir un effet préjudiciable (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 31; *Clyde River*, par. 25).

[30] Nous ne partageons pas l'opinion voulant que, parce que la Couronne n'a pas pris part à l'instance devant l'ONÉ par l'entremise d'un représentant du ministère fédéral compétent, il est possible qu'il n'y ait eu aucune mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter (voir les motifs de la C.A., par. 57 et 69-70).

[31] Comme l'ont concédé les intimés devant la Cour, la décision relative à l'approbation du projet envisagée par l'ONÉ pouvait être considérée comme une mesure de la Couronne. Lorsque l'ONÉ accorde, sous le régime de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, une exemption quant à l'obligation relative au certificat d'utilité publique dont la délivrance est par ailleurs assujettie à l'approbation du gouverneur en conseil, c'est effectivement à l'ONÉ que revient la décision définitive sur l'ensemble de la demande. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés — une augmentation de la capacité d'écoulement et une modification permettant le transport de pétrole brut lourd — étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas de la Thames, la Couronne avait une obligation de consulter relativement à la demande d'Enbridge.

B. *La consultation incombant à la Couronne peut être menée dans le cadre d'un processus réglementaire*

[32] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'une véritable consultation par la Couronne ne

wholly through a regulatory process. We disagree. As we conclude in *Clyde River*, the Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult (para. 30). The Crown may rely on a regulatory agency in this way so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at para. 60; *Clyde River*, at para. 30). However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation in order to fulfill the duty prior to project approval. Otherwise, the regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed on judicial review or appeal.

[33] The majority of the Federal Court of Appeal in this case expressed concern that a tribunal like the NEB might be charged with both carrying out consultation on behalf of the Crown and then adjudicating on the adequacy of these consultations (para. 66). A similar concern was expressed in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, where, in a pre-*Haida* decision, the Court held that quasi-judicial tribunals like the NEB do not owe Indigenous peoples a heightened degree of procedural fairness. The Court reasoned that imposition of such an obligation would risk compromising the independence of quasi-judicial bodies like the NEB (pp. 183-84).

[34] In our view, these concerns are answered by recalling that while it is the *Crown* that owes a constitutional obligation to consult with potentially affected Indigenous peoples, the NEB is tasked with making legal decisions that comply with the Constitution. When the NEB is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but

peut être menée entièrement dans le cadre d'un processus réglementaire. Nous ne sommes pas d'accord. Comme nous le concluons dans l'arrêt *Clyde River*, la Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter (par. 30). La Couronne peut ainsi s'en remettre à un organisme de réglementation dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances (*Carrier Sekani*, par. 60; *Clyde River*, par. 30). Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables qui lui permettront de satisfaire à son obligation avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire ou d'un appel.

[33] En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont dit craindre qu'un tribunal tel l'ONÉ soit tenu à la fois de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur le caractère adéquat de ces consultations (par. 66). Notre Cour a exprimé une préoccupation semblable dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, lorsqu'elle a conclu, dans une décision antérieure à l'arrêt *Haida*, que les tribunaux quasi judiciaires tel l'ONÉ n'ont pas à faire preuve d'un degré plus élevé d'équité procédurale à l'égard des peuples autochtones. La Cour a expliqué que le fait d'imposer une telle obligation pourrait porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires comme l'ONÉ (p. 183-184).

[34] À notre avis, il est possible de répondre à ces préoccupations en rappelant que, bien que ce soit à la *Couronne* qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones potentiellement touchés, l'ONÉ est tenu de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à

its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution. Regulatory agencies often carry out different, overlapping functions without giving rise to a reasonable apprehension of bias. Indeed this may be necessary for agencies to operate effectively and according to their intended roles (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 41). Furthermore, the Court contemplated this very possibility in *Carrier Sekani*, when it reasoned that tribunals may be empowered with both the power to carry out the Crown's duty to consult and the ability to adjudicate on the sufficiency of consultation (para. 58).

C. *The Role of a Regulatory Tribunal When the Crown Is Not a Party*

[35] At the Federal Court of Appeal, the majority and dissenting judges disagreed over whether the NEB was empowered to decide whether the Crown's consultation was adequate in the absence of the Crown participating in the NEB process as a party. The disagreement stems from differing interpretations of *Carrier Sekani* and whether it overruled *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500. In *Standing Buffalo*, the Federal Court of Appeal held that the NEB was not required to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before approving a s. 52 pipeline application when the Crown did not formally participate in the NEB's hearing process. The majority in this case held that the principle from *Standing Buffalo* applied here. Because the Crown (meaning, presumably, a relevant federal ministry or department) had not participated in the NEB's hearing process, the majority reasoned that the NEB was under no obligation to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before it approved Enbridge's s. 58 application (para. 59). In dissent, Rennie J.A.

la Couronne, l'ONÉ peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. Les organismes de réglementation cumulent bien souvent des fonctions différentes qui se chevauchent sans susciter une crainte raisonnable de partialité. En fait, ce cumul peut être nécessaire en ce qu'il permet aux organismes de remplir efficacement leur rôle (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 41). D'ailleurs, notre Cour a envisagé cette possibilité dans l'arrêt *Carrier Sekani*, lorsqu'elle a expliqué que les tribunaux administratifs peuvent être investis autant du pouvoir de satisfaire à l'obligation de consulter qui incombe à la Couronne que de celui de se prononcer sur le caractère suffisant des consultations (par. 58).

C. *Le rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas une partie*

[35] À la Cour d'appel fédérale, les juges majoritaires et le juge dissident étaient en désaccord sur la question de savoir si l'ONÉ pouvait, même si la Couronne n'était pas partie à la procédure devant lui, décider si les consultations menées par cette dernière étaient adéquates. Le désaccord découle d'interprétations divergentes de l'arrêt *Carrier Sekani* et de la question de savoir si cet arrêt a pour effet d'écarter la décision *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500. Dans *Standing Buffalo*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'ONÉ n'était pas tenu de se demander si la Couronne avait satisfait à son obligation de consulter avant d'approuver une demande fondée sur l'art. 52 sollicitant la délivrance d'un certificat relatif à un pipeline, dans les cas où la Couronne n'a pas officiellement participé au processus d'audience de l'ONÉ. Dans l'affaire qui nous occupe, les juges majoritaires ont conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Standing Buffalo* s'appliquait à l'espèce. Étant donné que la Couronne (c'est-à-dire, présumément, un ministère ou un organisme fédéral compétent) n'avait pas participé au processus d'audience

reasoned that *Standing Buffalo* had been overtaken by this Court's decision in *Carrier Sekani*. Even in the absence of the Crown's participation as a party before the NEB, he held that the NEB was *required* to consider the Crown's duty to consult before approving Enbridge's application (para. 112).

[36] We agree with Rennie J.A. that a regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the NEB's hearing process. If the Crown's duty to consult has been triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[37] As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation with respect to a project was adequate if the concern is raised before it (*Clyde River*, at para. 36). The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown (*Clyde River*, at para. 22). However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law raised before them and an obligation to make their decisions within the contours of the state's constitutional obligations (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77).

de l'ONÉ, les juges majoritaires se sont dits d'avis que l'ONÉ n'avait pas l'obligation d'examiner si la Couronne avait respecté son obligation de consulter avant d'approuver la demande d'Enbridge fondée sur l'art. 58 (par. 59). Dans sa dissidence, le juge Rennie a estimé que l'arrêt *Standing Buffalo* avait été écarté par la décision de notre Cour dans *Carrier Sekani*. Il a conclu que, bien que la Couronne n'ait pas participé à la procédure devant l'ONÉ en tant que partie, l'ONÉ était *tenu* de prendre en compte l'obligation de consulter de la Couronne avant d'approuver la demande d'Enbridge (par. 112).

[36] Nous sommes d'accord avec le juge Rennie pour dire que le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement aux audiences de l'ONÉ. Si l'obligation de la Couronne de procéder à une consultation a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si cette consultation est adéquate. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[37] En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates (*Clyde River*, par. 36). La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière (*Clyde River*, par. 22). Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77).

D. *Scope of the Duty to Consult*

[38] The degree of consultation required depends on the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[39] Relying on *Carrier Sekani*, the Attorney General of Canada asserts that the duty to consult in this case “is limited to the [p]roject” and “does not arise in relation to claims for past infringement such as the construction of a pipeline under the Thames River in 1976” (R.F., vol. I, at para. 80).

[40] While the Chippewas of the Thames identify new impacts associated with the s. 58 application that trigger the duty to consult and delimit its scope, they also note that “[t]he potential adverse impacts to [the asserted] Aboriginal rights and title resulting from approval of Enbridge’s application for modifications to Line 9 are cumulative and serious and could even be catastrophic in the event of a pipeline spill” (A.F., at para. 57). Similarly, the Mississaugas of the New Credit First Nation, an intervener, argued in the hearing that, because s. 58 is frequently applied to discrete pipeline expansion and redevelopment projects, there are no high-level strategic discussions or consultations about the broader impact of pipelines on the First Nations in southern Ontario.

[41] The duty to consult is not triggered by historical impacts. It is not the vehicle to address historical grievances. In *Carrier Sekani*, this Court explained that the Crown is required to consult on “adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not [on] larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration” (*Carrier Sekani*, at para. 53 (emphasis in original)). *Carrier Sekani* also clarified that “[a]n order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may

D. *Étendue de l’obligation de consulter*

[38] L’étendue de la consultation requise dépend de la solidité de la revendication autochtone et de la gravité de l’impact potentiel sur le droit concerné (*Haida*, par. 39 et 43-45).

[39] S’appuyant sur l’arrêt *Carrier Sekani*, la procureure générale du Canada fait valoir qu’en l’espèce l’obligation de consulter [TRADUCTION] « se limite au [p]rojet » et « ne s’applique pas relativement à des demandes relatives à des manquements passés tels que la construction d’un pipeline sous la rivière Thames en 1976 » (m.i., vol. I, par. 80).

[40] Bien qu’ils fassent état de nouveaux effets liés à la demande fondée sur l’art. 58 qui font naître l’obligation de consulter et en délimitent la portée, les Chippewas de la Thames soulignent aussi que [TRADUCTION] « [l]es éventuels effets préjudiciables aux droits ancestraux et au titre ancestral [invoqués] découlant de l’approbation de la demande d’Enbridge de modifier la canalisation 9 sont graves et cumulatifs, et pourraient même être catastrophiques advenant un déversement » (m.a., par. 57). De même, l’intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation a soutenu à l’audience que, parce que l’art. 58 s’applique fréquemment à des projets distincts d’agrandissement et de réaménagement de pipelines, il n’y a pas de discussions ou consultations stratégiques de haut niveau au sujet des effets plus larges du pipeline sur les Premières Nations dans le Sud de l’Ontario.

[41] Des conséquences d’ordre historique ne font pas naître l’obligation de consulter. Il ne s’agit pas d’un moyen approprié de régler des griefs historiques. Dans *Carrier Sekani*, notre Cour a expliqué que la Couronne est tenue de mener des consultations sur les « effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne, à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s’intéresse à l’effet de la décision *actuellement* considérée sur les droits revendiqués » (*Carrier Sekani*, par. 53 (en italique dans l’original)). La Cour a également précisé dans cet arrêt que « [l]’ordonnance de consulter n’est indiquée

adversely impact on established or claimed rights” (para. 54).

[42] That said, it may be impossible to understand the seriousness of the impact of a project on s. 35 rights without considering the larger context (J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 5-107 to 5-108). Cumulative effects of an ongoing project, and historical context, may therefore inform the scope of the duty to consult (*West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, at para. 117). This is not “to attempt the redress of past wrongs. Rather, it is simply to recognize an existing state of affairs, and to address the consequences of what may result from” the project (*West Moberly*, at para. 119).

[43] Neither the Federal Court of Appeal nor the NEB discussed the degree of consultation required. That said, and as we will explain below, even taking the strength of the Chippewas of the Thames’ claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate.

E. *Was There Adequate Notice That the Crown Was Relying on the NEB’s Process in This Case?*

[44] As indicated in the companion case *Clyde River*, the Crown may rely on a regulatory body such as the NEB to fulfill the duty to consult. However, where the Crown intends to do so, it should be made clear to the affected Indigenous group that the Crown is relying on the regulatory body’s processes to fulfill its duty (*Clyde River*, at para. 23). The Crown’s constitutional obligation requires a meaningful consultation process that is carried out in good faith. Obviously, notice helps ensure the appropriate participation of Indigenous groups, because it makes clear to them that consultation

que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu’elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués » (par. 54).

[42] Cela dit, il peut se révéler impossible de bien saisir la gravité des effets d’un projet sur des droits visés à l’art. 35 si on ne tient pas compte du contexte plus large (J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-107 à 5-108). Les effets cumulatifs d’un projet continu ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents pour déterminer l’étendue de l’obligation de consulter (*West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, par. 117). Il n’est pas question de [TRADUCTION] « tenter de remédier à des manquements passés. Il s’agit plutôt simplement de reconnaître une situation existante et de remédier aux conséquences de ce qui peut résulter » du projet (*West Moberly*, par. 119).

[43] Ni la Cour d’appel fédérale ni l’ONÉ n’ont traité de l’étendue de la consultation requise. Cela étant, et comme nous l’expliquerons ci-après, même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas de la Thames la solidité de leur revendication et la gravité de l’impact potentiel sur les droits qu’ils invoquent, la consultation menée en l’espèce a manifestement été adéquate.

E. *Le fait que la Couronne s’en remettait au processus de l’ONÉ a-t-il fait l’objet d’un avis suffisant?*

[44] Comme nous l’avons précisé dans l’arrêt connexe *Clyde River*, la Couronne peut s’en remettre à un organisme de réglementation tel l’ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Toutefois, lorsque la Couronne entend procéder de cette façon, il doit être clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couronne s’en remet au processus de l’organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation (*Clyde River*, par. 23). L’obligation constitutionnelle de la Couronne exige le recours à un processus véritable de consultation, mené de bonne foi. De toute évidence, l’avis contribue à garantir

is being carried out through the regulatory body's processes (*ibid.*).

[45] In this case, the Chippewas of the Thames say they did not receive explicit notice from the Crown that it intended to rely on the NEB's process to satisfy the duty. In September 2013, the Chippewas of the Thames wrote to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development requesting a formal Crown consultation process in relation to the project. It was not until January 2014, after the NEB's hearing process was complete, that the Minister of Natural Resources responded to the Chippewas of the Thames on behalf of the Crown advising them that it relied on the NEB's process. At the hearing before this Court, the Chippewas of the Thames conceded that the Crown may have been entitled to rely on the NEB to carry out the duty had they received the Minister's letter indicating the Crown's reliance prior to the NEB hearing (transcript, at pp. 34-35). However, having not received advance notice of the Crown's intention to do so, the Chippewas of the Thames maintain that consultation could not properly be carried out by the NEB.

[46] In February 2013, the NEB contacted the Chippewas of the Thames and 18 other Indigenous groups to inform them of the project and of the NEB's role in relation to its approval. The Indigenous groups were given early notice of the hearing and were invited to participate in the NEB process. The Chippewas of the Thames accepted the invitation and appeared before the NEB as an intervener. In this role, they were aware that the NEB was the final decision maker under s. 58 of the *NEB Act*. Moreover, as is evidenced from their letter of September 2013, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. In our view, the circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas of the Thames that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and

une participation appropriée de la part des groupes autochtones, car il leur indique clairement que la consultation s'effectue dans le cadre du processus mené par l'organisme de réglementation (*ibid.*).

[45] En l'espèce, les Chippewas de la Thames disent ne pas avoir reçu de la Couronne un avis explicite indiquant qu'elle entendait satisfaire à son obligation dans le cadre du processus de l'ONÉ. Au mois de septembre 2013, les Chippewas de la Thames ont écrit au premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord pour leur demander la mise sur pied d'un processus formel de consultation mené par la Couronne relativement au projet. Ce n'est qu'au mois de janvier 2014, après la fin des audiences de l'ONÉ, que le ministre des Ressources naturelles a répondu aux Chippewas de la Thames au nom de la Couronne et les a informés que celle-ci s'en remettait au processus de l'ONÉ. À l'audience devant notre Cour, les Chippewas de la Thames ont concédé que la Couronne aurait pu s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation s'ils avaient reçu avant la tenue des audiences la lettre du ministre les informant que la Couronne entendait agir ainsi (transcription, p. 34-35). Toutefois, comme ils n'ont pas été avisés à l'avance de l'intention de la Couronne de procéder ainsi, les Chippewas de la Thames soutiennent que la consultation ne pouvait être menée de manière adéquate par l'ONÉ.

[46] En février 2013, l'ONÉ a communiqué avec les Chippewas de la Thames et 18 autres groupes autochtones pour les informer de l'existence du projet et du rôle de l'ONÉ concernant son approbation. Les groupes autochtones ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences et ont été invités à participer au processus de l'ONÉ. Les Chippewas de la Thames ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ en tant qu'intervenants. À ce titre, ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime aux termes de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*. De plus, comme il ressort de leur lettre du mois de septembre 2013, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Selon nous, les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas de la Thames que le processus de

accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice, its consultation obligation was met.

F. *Was the Crown's Consultation Obligation Fulfilled?*

[47] When deep consultation is required, the duty to consult may be satisfied if there is "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). As well, this Court has recognized that the Crown may wish to "adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers" (*ibid.*). This list is neither exhaustive nor mandatory. As we indicated above, neither the NEB nor the Federal Court of Appeal assessed the depth of consultation required in this case. However, the Attorney General of Canada submitted before this Court that the NEB's statutory powers were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case, accepting the rights as asserted by the Chippewas of the Thames and the potential adverse impact of a spill. With this, we agree.

[48] As acknowledged in its reasons, the NEB, as a quasi-judicial decision maker, is required to carry out its responsibilities under s. 58 of the *NEB Act* in a manner consistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In our view, this requires it to take the rights and interests of Indigenous groups into consideration before it makes a final decision that could impact them. Given the NEB's expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects, the NEB is particularly well positioned to assess the risks posed by such projects to Indigenous groups. Moreover, the NEB has broad

l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son défaut de donner un avis en temps utile, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

F. *La Couronne a-t-elle satisfait à son obligation de consulter?*

[47] Lorsqu'une consultation approfondie est nécessaire, il peut être satisfait à l'obligation de consulter si la consultation comporte « 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 » (*Haïda*, par. 44). De même, la Cour a reconnu que la Couronne « peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux » (*ibid.*). Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Comme nous l'avons déjà mentionné, ni l'ONÉ ni la Cour d'appel fédérale n'ont évalué l'ampleur des consultations qui étaient requises en l'espèce. Toutefois, la procureure générale du Canada a fait valoir devant notre Cour que, du fait des pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas, en tenant pour avérés les droits invoqués par les Chippewas de la Thames et les possibles effets préjudiciables d'un déversement. Nous sommes de cet avis.

[48] Comme il l'a reconnu dans ses motifs, l'ONÉ doit, en tant que décideur quasi judiciaire, s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ* en conformité avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon nous, il doit en conséquence prendre en compte les droits et les intérêts des groupes autochtones avant de rendre une décision définitive qui pourrait avoir une incidence sur ces droits et intérêts. Vu l'expertise qu'il possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral, l'ONÉ est particulièrement bien placé

jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks. Additionally, its ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures permits it to oversee long-term compliance with such conditions. Therefore, we conclude that the NEB's statutory powers under s. 58 are capable of satisfying the Crown's duty to consult in this case.

[49] However, a finding that the NEB's statutory authority allowed for it to satisfy the duty to consult is not determinative of whether the Crown's constitutional obligations were upheld in this case. The Chippewas of the Thames maintain that the process carried out by the NEB was not an adequate substitute for Crown consultation. In particular, the Chippewas of the Thames argue that the NEB's regulatory process failed to engage affected Indigenous groups in a "meaningful way in order for adverse impacts to be understood and minimized" (A.F., at para. 110). They allege that the NEB's process did not "apprehend or address the seriousness" of the potential infringement of their treaty rights and title, nor did it "afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown" (A.F., at para. 113). By minimizing the rights of the affected Indigenous groups and relying upon the proponent to mitigate potential impacts, they allege the process undertaken by the NEB allowed for nothing more than "blowing off steam" (*ibid.*).

[50] Enbridge, on the other hand, argues not only that the NEB was capable of satisfying the Crown's duty to consult but that, in fact, it did so here. In support of its position, Enbridge points to the Chippewas of the Thames' early notice of, and participation in, the NEB's formal hearing process as well as the NEB's provision of written reasons. Moreover, Enbridge submits that far from failing

pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones. De plus, l'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques. En outre, le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions. Nous concluons donc que les pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ à l'art. 58 lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

[49] Toutefois, la conclusion suivant laquelle les pouvoirs conférés par la loi à l'ONÉ lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter n'est pas déterminante pour ce qui est de décider si la Couronne s'est acquittée de ses obligations constitutionnelles dans la présente affaire. Les Chippewas de la Thames soutiennent que le processus mené par l'ONÉ n'a pas constitué un substitut adéquat à des consultations menées par la Couronne. Plus particulièrement, ils plaident que le processus réglementaire de l'ONÉ n'a pas permis aux groupes autochtones de participer [TRADUCTION] « de manière utile pour que les effets préjudiciables soient bien compris et réduits au minimum » (m.a., par. 110). Ils allèguent que le processus de l'ONÉ n'a pas permis de « saisir ou considérer la gravité » des atteintes potentielles à leur titre et à leurs droits issus de traités, ni « constitué une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne » (m.a., par. 113). En n'accordant pas suffisamment d'importance aux droits des groupes autochtones touchés et en s'en remettant au promoteur pour atténuer les effets potentiels du projet, ils affirment que l'ONÉ, dans le cadre de son processus, a tout au plus permis aux intéressés « de se défaire » (*ibid.*).

[50] Enbridge plaide pour sa part que non seulement l'ONÉ était en mesure de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne, mais qu'il l'a effectivement fait en l'espèce. À l'appui de sa thèse, Enbridge signale que les Chippewas de la Thames ont été rapidement avisés du processus d'audience formel de l'ONÉ, qu'ils y ont participé et que l'ONÉ a exposé des motifs écrits. De plus, Enbridge soutient

to afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown, the NEB's process provided "effective accommodation" through the imposition of conditions on Enbridge to mitigate the risk and effect of potential spills arising from the project (R.F., at para. 107).

[51] In our view, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, we find that the NEB provided the Chippewas of the Thames with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, we find that the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, we agree with Enbridge that, in order to mitigate potential risks to the rights of Indigenous groups, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

[52] First, unlike the Inuit in the companion case of *Clyde River*, the Chippewas of the Thames were given a sufficient opportunity to make submissions to the NEB as part of its independent decision-making process (consistent with *Haida*, at para. 44). Here, the NEB held an oral hearing. It provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation. As mentioned above, the Chippewas of the Thames participated as an intervener. The NEB provided the Chippewas of the Thames with participant funding which allowed them to prepare and tender evidence including an expertly prepared "preliminary" traditional land use study (C.A. reasons, at para. 14). Additionally, as an intervener, the Chippewas of the Thames were able to pose formal information requests to Enbridge, to which they received written responses, and to make closing oral submissions to the NEB.

que loin d'avoir fait défaut de constituer une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne, le processus de l'ONÉ s'est traduit par des [TRADUCTION] « mesures d'accommodement effectives » du fait qu'Enbridge s'est vue imposer des conditions destinées à atténuer les risques et les effets d'éventuels déversements découlant du projet (m.i., par. 107).

[51] À notre avis, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, nous concluons que l'ONÉ a fourni aux Chippewas de la Thames une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, nous estimons que l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, nous sommes d'accord avec Enbridge pour dire que l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

[52] Premièrement, contrairement aux Inuits dans l'affaire connexe *Clyde River*, les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité suffisante de présenter des observations à l'ONÉ dans le cadre de son processus décisionnel indépendant (conformément aux prescriptions de l'arrêt *Haida*, par. 44). En l'espèce, l'ONÉ a tenu une audience. Il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et il les a invités à y participer formellement. Comme il a été indiqué précédemment, les Chippewas de la Thames ont participé au processus en tant qu'intervenants. L'ONÉ leur a fourni de l'aide financière qui leur a permis de préparer et de présenter des éléments de preuve, notamment une étude « préliminaire » sur l'utilisation traditionnelle des terres réalisée par des spécialistes (motifs de la C.A., par. 14). De plus, en qualité d'intervenants, les Chippewas de la Thames ont été en mesure de présenter de manière formelle à Enbridge des demandes de renseignements auxquelles cette dernière a répondu par écrit, et de présenter de vive voix à l'ONÉ des observations finales.

[53] Contrary to the submissions of the Chippewas of the Thames, we do not find that the NEB minimized or failed to apprehend the importance of their asserted Aboriginal and treaty rights. Before the NEB, the Chippewas of the Thames asserted rights that had the potential to be impacted by the project: (a) Aboriginal harvesting and hunting rights; (b) the right to access and preserve sacred sites; (c) Aboriginal title to the bed of the Thames River and its related airspace or, in the alternative, an Aboriginal right to use the water, resources and airspace in the bed of the Thames River; and (d) the treaty right to the exclusive use of their reserve lands. In its written reasons, the NEB expressly recognized these rights. Moreover, in light of the rights asserted, the NEB went on to consider whether affected Indigenous groups had received adequate information regarding the project and a proper opportunity to express their concerns to Enbridge. It noted that the project was to occur within Enbridge's existing right of way on previously disturbed land. No additional Crown land was required. Given the scope of the project and its location, the NEB was satisfied that all Indigenous groups had been adequately consulted.

[54] Second, the NEB considered the potential for negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames. It identified potential consequences that could arise from either the construction required for the completion of the project or the increased risk of spill brought about by the continued operation of Line 9.

[55] The NEB found that any potential negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames from the modification of Line 9 were minimal and could be reasonably mitigated. The NEB found that it was unlikely that the completion of the project would have any impact on the traditional land use rights of Indigenous groups. Given the location of the project and its limited scope, as well as the conditions that the NEB imposed on Enbridge, the NEB was satisfied that the risk of

[53] Contrairement à ce qu'ont affirmé les Chippewas de la Thames, nous n'estimons pas que l'ONÉ a accordé trop peu d'importance aux droits ancestraux et issus de traités qu'ils invoquent, ou qu'il n'en a pas saisi l'importance. Devant l'ONÉ, les Chippewas de la Thames ont fait valoir des droits auxquels le projet était susceptible de porter atteinte : a) des droits ancestraux de récolte et de chasse; b) le droit d'accéder à des sites sacrés et de préserver ces sites; c) le titre ancestral sur le lit et l'espace aérien de la rivière Thames ou, subsidiairement, le droit ancestral d'utiliser l'eau, les ressources et l'espace aérien de la rivière Thames; et d) le droit issu de traités d'utiliser de manière exclusive leurs terres de réserve. Dans ses motifs écrits, l'ONÉ a expressément reconnu ces droits. De plus, l'ONÉ s'est demandé si, compte tenu des droits invoqués, les groupes autochtones touchés avaient reçu des renseignements suffisants concernant le projet et s'ils s'étaient vu offrir une possibilité appropriée de faire part de leurs préoccupations à Enbridge. Il a souligné que le projet serait réalisé sur l'emprise existante d'Enbridge dans des secteurs déjà perturbés et qu'aucune terre publique additionnelle n'était requise. Étant donné l'envergure du projet et son emplacement, l'ONÉ s'est dit convaincu que tous les groupes autochtones avaient été consultés adéquatement.

[54] Deuxièmement, l'ONÉ a examiné la possibilité que le projet ait des effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames. Il a fait état de possibles conséquences susceptibles de résulter des travaux de construction nécessaires pour mener à bien le projet ou du risque accru de déversements créé par l'exploitation continue de la canalisation 9.

[55] L'ONÉ a conclu que tout effet préjudiciable que pourrait avoir le projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames en raison de la modification de la canalisation 9 était minime et pouvait raisonnablement être atténué. L'ONÉ a estimé qu'il était peu probable que la réalisation du projet ait quelque effet sur les droits des groupes autochtones relatifs à l'utilisation traditionnelle des terres. Vu l'emplacement du projet et son envergure limitée, ainsi que les conditions qu'il a imposées à Enbridge,

negative impact through the completion of the project was negligible.

[56] Similarly, the NEB assessed the increased risk of a spill or leak from Line 9 as a result of the project. It recognized the potential negative impacts that a spill could have on traditional land use, but found that the risk was low and could be adequately mitigated. Given Enbridge's commitment to safety and the conditions imposed upon it by the NEB, the NEB was confident that Line 9 would be operated in a safe manner throughout the term of the project. The risk to the rights asserted by the Chippewas of the Thames resulting from a potential spill or leak was therefore minimal.

[57] Third, we do not agree with the Chippewas of the Thames that the NEB's process failed to provide an opportunity for adequate accommodation. Having enumerated the rights asserted by the Chippewas of the Thames and other Indigenous groups, the adequacy of information provided to the Indigenous groups from Enbridge in light of those rights, and the risks to those rights posed by the construction and ongoing operation of Line 9, the NEB imposed a number of accommodation measures that were designed to minimize risks and respond directly to the concerns posed by affected Indigenous groups. To facilitate ongoing communication between Enbridge and affected Indigenous groups regarding the project, the NEB imposed Condition 24. This accommodation measure required Enbridge to continue to consult with Indigenous groups and produce Ongoing Engagement Reports which were to be provided to the NEB. Similarly, Condition 29 required Enbridge to file a plan for continued engagement with persons and groups during the operation of Line 9. Therefore, we find that the NEB carried out a meaningful process of consultation including the imposition of appropriate accommodation measures where necessary.

l'ONÉ s'est dit convaincu que le risque d'effets préjudiciables attribuable à l'achèvement du projet était négligeable.

[56] De même, l'ONÉ a évalué le risque accru de déversements ou de fuites de la canalisation 9 en raison du projet. Il a reconnu les effets néfastes qu'une fuite pourrait avoir sur l'utilisation traditionnelle des terres, mais il a conclu que ce risque était faible et qu'il pouvait être adéquatement atténué. Compte tenu de l'engagement d'Enbridge quant à la sécurité ainsi que des conditions imposées à cette dernière, l'ONÉ s'est dit confiant que la canalisation 9 serait exploitée de manière sécuritaire pendant toute la durée du projet. Le risque de préjudice aux droits invoqués par les Chippewas de la Thames en raison d'une fuite ou d'un déversement était en conséquence minime.

[57] Troisièmement, nous ne pouvons souscrire à la thèse des Chippewas de la Thames voulant qu'ils n'aient pas eu la possibilité d'obtenir des mesures d'accommodement adéquates dans le cadre du processus de l'ONÉ. Après avoir fait état des droits invoqués par les Chippewas de la Thames et d'autres groupes autochtones, du caractère adéquat des renseignements fournis aux groupes autochtones par Enbridge eu égard à ces droits, ainsi que des risques que posaient la construction et l'exploitation de la canalisation 9, l'ONÉ a imposé plusieurs mesures d'accommodement visant à réduire les risques au minimum et à répondre directement aux préoccupations des groupes autochtones touchés par le projet. Pour faciliter les communications entre Enbridge et les groupes autochtones touchés concernant le projet, l'ONÉ a imposé à Enbridge la condition 24. Cette mesure d'accommodement exigeait qu'Enbridge continue de consulter les groupes autochtones et dépose auprès de l'ONÉ des rapports d'engagement permanent. De même, la condition 29 exigeait qu'Enbridge dépose un plan de consultation continue des personnes et des groupes tout au long de l'exploitation de la canalisation 9. Par conséquent, nous concluons que l'ONÉ a mené un véritable processus de consultation, notamment en imposant au besoin des mesures d'accommodement appropriées.

[58] Nonetheless, the Chippewas of the Thames argue that any putative consultation that occurred in this case was inadequate as the NEB “focused on balancing multiple interests” which resulted in the Chippewas of the Thames’ “Aboriginal and treaty rights [being] weighed by the Board against a number of economic and public interest factors” (A.F., at paras. 95 and 104). This, the Chippewas of the Thames assert, is an inadequate means by which to assess Aboriginal and treaty rights that are constitutionally guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[59] In *Carrier Sekani*, this Court recognized that “[t]he constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest” which surpasses economic concerns (para. 70). A decision to authorize a project cannot be in the public interest if the Crown’s duty to consult has not been met (*Clyde River*, at para. 40; *Carrier Sekani*, at para. 70). Nevertheless, this does not mean that the interests of Indigenous groups cannot be balanced with other interests at the accommodation stage. Indeed, it is for this reason that the duty to consult does not provide Indigenous groups with a “veto” over final Crown decisions (*Haida*, at para. 48). Rather, proper accommodation “stress[es] the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights” (*Haida*, at para. 50).

[60] Here, the NEB recognized that the impact of the project on the rights and interests of the Chippewas of the Thames was likely to be minimal. Nonetheless, it imposed conditions on Enbridge to accommodate the interests of the Chippewas of the Thames and to ensure ongoing consultation between the proponent and Indigenous groups. The Chippewas of the Thames are not entitled to a one-sided process, but rather, a cooperative one with a view towards reconciliation. Balance and compromise are inherent in that process (*Haida*, at para. 50).

[58] Quoi qu’il en soit, les Chippewas de la Thames plaident que toute soi-disant consultation ayant eu lieu en l’espèce était inadéquate étant donné que l’ONÉ [TRADUCTION] « s’est employé à soulever des intérêts multiples », de sorte que « l’Office a soulevé les droits ancestraux et issus de traités [des Chippewas de la Thames] au regard de nombreux facteurs économiques et d’intérêt public » (m.a., par. 95 et 104). Cette façon de faire, de prétendre les Chippewas de la Thames, ne constitue pas une méthode adéquate pour évaluer des droits ancestraux et issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Dans *Carrier Sekani*, la Cour a reconnu que « [l]’aspect constitutionnel de l’obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial » qui l’emporte sur des préoccupations d’ordre économique (par. 70). Une décision autorisant un projet ne saurait servir l’intérêt public s’il n’a pas été satisfait à l’obligation de consulter de la Couronne (*Clyde River*, par. 40; *Carrier Sekani*, par. 70). Toutefois, cela ne signifie pas que les intérêts des groupes autochtones ne peuvent être soulevés avec d’autres intérêts à l’étape des accommodements. C’est d’ailleurs pour cette raison que l’obligation de consulter n’a pas pour effet de créer en faveur des groupes autochtones un droit de « veto » sur les décisions finales de la Couronne (*Haida*, par. 48). Des accommodements convenables reposent plutôt « sur la nécessité d’établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones » (*Haida*, par. 50).

[60] En l’espèce, l’ONÉ a reconnu que les effets du projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames seraient vraisemblablement minimes. Il a néanmoins imposé des conditions à Enbridge pour accommoder les intérêts des Chippewas de la Thames et pour faire en sorte que les consultations se poursuivent entre le promoteur et les groupes autochtones. Les Chippewas de la Thames n’ont pas droit à un processus unilatéral, mais plutôt à un processus coopératif visant à favoriser la réconciliation. La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de ce processus (*Haida*, par. 50).

G. *Were the NEB's Reasons Sufficient?*

[61] Finally, in the hearing before us, the Chippewas of the Thames raised the issue of the adequacy of the NEB's reasons regarding consultation with Indigenous groups. The Chippewas of the Thames asserted that the NEB's process could not have constituted consultation in part because of the NEB's failure to engage in a *Haida*-style analysis. In particular, the NEB did not identify the strength of the asserted Aboriginal and treaty rights, nor did it identify the depth of consultation required in relation to each Indigenous group. As a consequence, the Chippewas of the Thames submit that the NEB could not have fulfilled the Crown's duty to consult.

[62] In *Haida*, this Court found that where deep consultation is required, written reasons will often be necessary to permit Indigenous groups to determine whether their concerns were adequately considered and addressed (para. 44). In *Clyde River*, we note that written reasons foster reconciliation (para. 41). Where Aboriginal and treaty rights are asserted, the provision of reasons denotes respect (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)) and encourages proper decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[63] We agree with the Chippewas of the Thames that this case required the NEB to provide written reasons. Additionally, as we recognized in the companion case *Clyde River*, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually provide written reasons (*Clyde River*, at para. 41). However, this requirement does not necessitate a formulaic "*Haida* analysis" in all circumstances (para. 42). Instead, where deep consultation is required and the issue of Crown consultation is raised with the NEB, the NEB will be obliged to "explain how it considered and addressed" Indigenous concerns (*ibid.*). What is necessary is an indication that

G. *Les motifs exposés par l'ONÉ sont-ils suffisants?*

[61] Enfin, à l'audience devant nous, les Chippewas de la Thames ont soulevé la question du caractère suffisant des motifs exposés par l'ONÉ sur les consultations avec les groupes autochtones, affirmant que le processus de l'ONÉ ne pouvait avoir constitué une consultation, notamment parce que l'ONÉ n'a pas procédé à une analyse de type *Haida*. Plus particulièrement, l'ONÉ n'a pas déterminé la solidité des droits ancestraux et issus de traités invoqués ni l'ampleur des consultations nécessaires auprès de chacun des groupes autochtones. En conséquence, les Chippewas de la Thames soutiennent que l'ONÉ ne peut avoir satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

[62] Dans l'arrêt *Haida*, notre Cour a conclu que, dans les cas où des consultations approfondies sont requises, des motifs écrits sont souvent nécessaires pour permettre aux groupes autochtones de constater si on a adéquatement considéré leurs préoccupations et répondu à celles-ci (par. 44). Dans *Clyde River*, nous faisons remarquer que des motifs écrits favorisent la réconciliation (par. 41). Lorsque des droits ancestraux ou issus de traités sont invoqués, la rédaction de motifs écrits dénote le respect (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)) et favorise une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[63] À l'instar des Chippewas de la Thames, nous sommes d'avis que la présente affaire requérait que l'ONÉ expose des motifs écrits. De plus, comme nous le reconnaissons dans le pourvoi connexe *Clyde River*, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement devant l'ONÉ des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit (*Clyde River*, par. 41). Toutefois, cette exigence n'oblige pas dans tous les cas à procéder mécaniquement à l'« analyse requise par l'arrêt *Haida* » (par. 42). Lorsqu'une consultation approfondie est requise et que la question de la consultation menée par la Couronne est soulevée devant l'ONÉ,

the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights into consideration and accommodated them where appropriate.

[64] In our view, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. It is notable that, unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River*, the discussion of Aboriginal consultation in this case was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous interveners and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address the potential for negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

[65] For these reasons, we reject the Chippewas of the Thames' assertion that the NEB's reasons were insufficient to satisfy the Crown's duty to consult.

V. Conclusion

[66] We are of the view that the Crown's duty to consult was met. Accordingly, we would dismiss this appeal with costs to Enbridge.

Appeal dismissed with costs to Enbridge Pipelines Inc.

Solicitors for the appellant: Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Solicitors for the respondent Enbridge Pipelines Inc.: Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.

ce dernier devra « expliquer de quelle manière il a considéré » les préoccupations autochtones « et il en a tenu compte » (*ibid.*). Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire.

[64] À notre avis, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Il convient de souligner que, contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River*, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones dans le présent cas n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. En l'espèce, l'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux intervenants autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à la possibilité d'effets préjudiciables sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

[65] Pour ces raisons, nous rejetons l'argument des Chippewas de la Thames selon lequel les motifs exposés par l'ONÉ sont insuffisants pour satisfaire à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

V. Conclusion

[66] Nous sommes d'avis qu'il a été satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne. En conséquence, nous rejeterions le pourvoi, avec dépens en faveur d'Enbridge.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de Pipelines Enbridge inc.

Procureurs de l'appelante : Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intimée Pipelines Enbridge inc. : Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.

Solicitor for the respondent the National Energy Board: National Energy Board, Calgary.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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 the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.

Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Quebec.

Solicitors for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation: Pape Salter Teillet, Toronto.

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

Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie : Office national de l'énergie, Calgary.

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

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

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

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

Procureurs de l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.

Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Québec.

Procureurs de l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation : Pape Salter Teillet, Toronto.

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