

**Germaine Anderson on her own behalf and on behalf of all other Beaver Lake Cree Nation beneficiaries of Treaty No. 6 and of Beaver Lake Cree Nation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta and Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of British Columbia, Alberta Prison Justice Society, Chiefs of Ontario, Advocates' Society, Assembly of Manitoba Chiefs, Indigenous Bar Association in Canada, Treaty 8 First Nations of Alberta, Ecojustice Canada Society and Anishinabek Nation** *Interveners*

**INDEXED AS: ANDERSON v. ALBERTA**

**2022 SCC 6**

File No.: 39323.

2021: November 4; 2022: March 18.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Civil procedure — Costs — Advance costs — Requirement of impecuniosity — First Nation government applying for advance costs to fund litigation concerning treaty rights — Whether impecuniosity requirement can be met where applicant has access to financial resources that could fund litigation but claims that it must devote resources to other priorities.*

Beaver Lake Cree Nation is a First Nation band whose members are beneficiaries of Treaty No. 6. In 2008, Beaver Lake sued the Crown for having improperly allowed its

**Germaine Anderson en son propre nom et au nom de tous les autres bénéficiaires du Traité n° 6 de la Beaver Lake Cree Nation et de la Beaver Lake Cree Nation** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta et procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique, Alberta Prison Justice Society, Chiefs of Ontario, Société des plaideurs, Assembly of Manitoba Chiefs, Association du Barreau autochtone au Canada, Treaty 8 First Nations of Alberta, Ecojustice Canada Society et Anishinabek Nation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ANDERSON c. ALBERTA**

**2022 CSC 6**

N° du greffe : 39323.

2021 : 4 novembre; 2022 : 18 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA**

*Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Condition d'impecuniosité — Gouvernement d'une Première Nation sollicitant une provision pour frais pour financer une poursuite concernant des droits issus de traités — Peut-il être satisfait à la condition d'impecuniosité lorsque le demandeur a accès à des ressources financières susceptibles de servir à financer un litige, mais prétend qu'il doit consacrer ces ressources à d'autres priorités?*

La Beaver Lake Cree Nation est une bande autochtone dont les membres sont bénéficiaires du Traité n° 6. En 2008, Beaver Lake a poursuivi la Couronne pour avoir

lands to be taken up for industrial and resource development. A 120-day trial is scheduled to begin in January 2024. Beaver Lake says that the cost of litigation — estimated at \$5 million — is well beyond its reach. It therefore brought an application for advance costs to fund its litigation.

Under the impecuniosity branch of the advance costs test, Beaver Lake contends that even though it has access to resources that could potentially fund the litigation, these resources must be applied to address other priorities, such as substantial deficits in housing and infrastructure and high levels of unemployment and social assistance. The case management judge held that Beaver Lake was impecunious and awarded it advance costs. The Court of Appeal set aside the order for advance costs, holding that there was insufficient evidence to support a finding of impecuniosity and that it was an error in principle to conclude that Beaver Lake was impecunious when it had financial resources but chose to spend them on other priorities.

*Held:* The appeal should be allowed.

A First Nation government that has access to resources that could fund litigation may meet the impecuniosity requirement if it demonstrates that it requires such resources to meet its pressing needs. Pressing needs are not defined by the bare necessities of life. Rather, and in keeping with the imperative of reconciliation, they ought to be understood from the perspective of that First Nation government. Accordingly, in appropriate cases, a First Nation government may succeed in demonstrating impecuniosity despite having access to resources whose value equals or exceeds its litigation costs. In the instant case, the case management judge's findings were insufficient to conclude that Beaver Lake had satisfied the legal test for impecuniosity and the record before her was itself insufficient to support such findings. Beaver Lake's application for advance costs must be remitted for a new hearing.

The test for advance costs is rigorous since courts must be mindful of the constraints of their institutional role. Three absolute requirements must be satisfied: impecuniosity, a *prima facie* meritorious case, and issues of public importance. The concept of necessity is captured by the Court's direction that advance costs are to be ordered as a last resort, where the First Nation government genuinely cannot afford the litigation and where it is impossible to proceed with the litigation without such costs. It is open

irrégulièrement permis que ses terres soient consacrées au développement industriel et à l'exploitation des ressources. Un procès de 120 jours est censé débiter en janvier 2024. Beaver Lake dit que le coût du litige — qu'elle estime à 5 millions de dollars — est bien au-dessus de ses moyens. Elle a donc présenté une demande de provision pour frais pour financer sa poursuite.

Selon le volet « impecuniosité » du critère d'octroi d'une provision pour frais, Beaver Lake prétend que, même si elle a accès à des ressources qui seraient susceptibles de servir à financer le litige, ces ressources doivent être affectées à d'autres priorités, comme des déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures ainsi que des taux de chômage et d'assistance sociale élevés. La juge chargée de la gestion de l'instance a statué que Beaver Lake était impecunieuse et lui a accordé une provision pour frais. La Cour d'appel a annulé l'ordonnance de provision pour frais, jugeant que la preuve était insuffisante pour étayer une conclusion d'impecuniosité et que c'était une erreur de principe de conclure à l'impecuniosité de Beaver Lake alors qu'elle disposait de ressources financières, mais a choisi de les affecter à d'autres priorités.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Le gouvernement d'une Première Nation qui a accès à des ressources susceptibles de servir à financer un litige peut satisfaire à la condition d'impecuniosité s'il démontre qu'il lui faut ces ressources pour subvenir à ses besoins pressants. Les besoins pressants ne correspondent pas aux seuls besoins essentiels. Il faut plutôt les aborder du point de vue de ce gouvernement conformément à l'impératif de réconciliation. En conséquence, dans les cas appropriés, le gouvernement d'une Première Nation peut parvenir à démontrer son impecuniosité même s'il a accès à des ressources dont la valeur égale ou dépasse les frais que lui occasionne le litige. En l'espèce, les constatations de la juge chargée de la gestion de l'instance ne permettaient pas de conclure que Beaver Lake avait satisfait au critère juridique d'impecuniosité, et le dossier dont elle disposait était insuffisant en soi pour étayer de telles constatations. La demande de provision pour frais présentée par Beaver Lake doit être renvoyée pour nouvelle audition.

Le critère d'octroi d'une provision pour frais est rigoureux, car le tribunal doit tenir compte des contraintes de son rôle institutionnel. Trois conditions absolues doivent être réunies : l'impecuniosité, une affaire valant *prima facie* d'être instruite, et des questions d'importance pour le public. Le concept de nécessité se dégage de la directive de la Cour voulant que les provisions pour frais soient adjugées en dernier recours, lorsque le gouvernement d'une Première Nation n'a véritablement pas les moyens

to a court to decide that a First Nation government is impecunious when its prioritization of pressing needs, properly understood, has left it unable to fund public interest litigation. This approach is sufficiently flexible to account for the realities facing First Nations governments and the importance of furthering the goal of reconciliation. A court must consider the broader context in which a First Nation government makes financial decisions, including its competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. A First Nation government may genuinely need to allocate some or all of its resources to priorities other than litigation.

The court's analysis must be firmly grounded in the evidence and detailed proof may be required to ensure accountability over the expenditure of public funds. The court must be able to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's financial resources; and (4) identify the estimated costs of funding the litigation.

The pressing needs of a First Nation should be considered from the perspective of its government that sets its priorities and is best situated to identify its needs. This will always be a fact-specific determination. There can be no question that expenditures on basic necessities of life, including adequate housing, a safe water supply, and basic health and education services, rise to the level of a pressing need. Spending to improve standards of living, for example, to provide enhanced health and education services or to promote cultural survival, may also qualify. A court identifying the pressing needs of a First Nation government may have regard to what that government has prioritized in the past. As well, in the context of the advance costs test, judicial notice may be taken of the systemic and background factors affecting Indigenous peoples in Canadian society, insofar as they may be relevant to understanding a First Nation government's financial situation and spending priorities.

An applicant should adduce evidence of the costs of meeting its pressing needs and the extent to which it cannot cover those costs. The amount of detail required will depend on the circumstances, including the nature of the unmet needs and any difficulties in estimating the costs of

de payer les frais occasionnés par le litige, et qu'il est impossible d'aller de l'avant avec le litige sans provision pour frais. Le tribunal peut décider que le gouvernement d'une Première Nation est impécunieux si le fait d'avoir accordé la priorité aux besoins pressants, interprétés correctement, l'a rendu incapable de financer un litige d'intérêt public. Cette approche est suffisamment souple pour prendre en compte la réalité des gouvernements des Premières Nations et l'importance de favoriser l'atteinte de l'objectif de réconciliation. Le tribunal doit aussi examiner le contexte général dans lequel le gouvernement d'une Première Nation prend des décisions financières, notamment ses dépenses concurrentes, les restrictions à l'usage de ses ressources, ainsi que les obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Le gouvernement d'une Première Nation peut véritablement avoir besoin d'affecter une partie ou l'ensemble de ses ressources à d'autres priorités que le recours aux tribunaux.

L'analyse du tribunal doit s'appuyer fortement sur la preuve, et une preuve détaillée peut s'avérer nécessaire pour assurer la reddition de comptes sur la dépense de fonds publics. Le tribunal doit pouvoir (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont nécessaires pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources financières du demandeur; et (4) établir les frais estimatifs du financement du litige.

Les besoins pressants d'une Première Nation devraient être examinés du point de vue de son gouvernement, qui fixe ses priorités et est le mieux placé pour cerner ses besoins. Il faut toujours cerner ceux-ci au regard des faits. Il ne fait aucun doute que les dépenses consacrées aux besoins essentiels, y compris des logements convenables, une source d'eau sûre ainsi que des services de santé et d'éducation de base, servent à combler un besoin pressant. Il peut également s'agir de dépenser pour améliorer les conditions de vie, par exemple, en vue d'offrir de meilleurs services de santé et d'éducation, ou encore de favoriser la survie culturelle. Le tribunal qui cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation peut tenir compte des priorités établies dans le passé par ce gouvernement. En outre, s'agissant du critère d'octroi d'une provision pour frais, le tribunal peut prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne, dans la mesure où ils peuvent permettre de comprendre la situation financière du gouvernement d'une Première Nation et ses priorités en matière de dépenses.

Le demandeur devrait également produire une preuve des frais à engager pour répondre à ses besoins pressants et de la mesure dans laquelle il n'est pas capable d'assumer ces frais. La quantité de renseignements nécessaires dépendra des circonstances, notamment la nature des besoins non

those needs. Where a First Nation government applicant has extensive assets and ongoing revenue, more detailed evidence of its financial resources is required to demonstrate impecuniosity. Conversely, in some cases, a finding of impecuniosity can be made even where the applicant does not adduce detailed evidence, either because the applicant does not have any available financial resources, or because it is obvious that its resources would be outstripped by its pressing needs.

Where an applicant has access to financial resources that could potentially be used to pay for the litigation, it bears the onus of proving that it genuinely cannot afford to pay for the litigation because it must commit those resources to address other pressing needs, and it must demonstrate that those resources are in fact being devoted to addressing those pressing needs. In all cases, because advance costs are a matter of last resort, an applicant must demonstrate that it made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources. An applicant must also submit an up-to-date litigation plan so that a court can know, at least approximately, the cost of pursuing the litigation. Ultimately, after assessing the financial resources available to a First Nation government applicant, the extent to which it must commit those resources to pressing needs in priority to the litigation and the estimated cost of the litigation, a determination can be made regarding whether the applicant has surplus resources with which it may finance the litigation in whole or in part.

### Cases Cited

**Applied:** *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; **considered:** *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258; *Missanabic Cree First Nation v. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385; *Hagwilget Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2008 FC 574, [2008] 3 C.N.L.R. 136; **referred to:** *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993]

comblés et toute difficulté à en estimer le coût. Lorsque le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais possède d'importants actifs et des revenus constants, il doit produire une preuve plus détaillée de ses ressources financières pour démontrer l'impecuniosité. À l'opposé, dans certains cas, il est possible de conclure à l'impecuniosité même si le demandeur ne produit pas une preuve détaillée, soit parce que le demandeur ne dispose d'aucune ressource financière disponible, ou parce que ses ressources financières seraient manifestement dépassées par ses besoins pressants.

Le demandeur ayant accès à des ressources financières qui pourraient servir à payer les frais occasionnés par le litige a le fardeau de prouver qu'il n'a véritablement pas les moyens de payer ces frais parce qu'il doit affecter les ressources en question pour répondre à d'autres besoins pressants, et il doit démontrer que ces ressources sont effectivement utilisées pour répondre à ces besoins. Dans tous les cas, puisque les provisions pour frais constituent une mesure de dernier recours, le demandeur doit démontrer qu'il a déployé suffisamment d'efforts pour obtenir du financement d'autres sources. Le demandeur doit également soumettre un plan de financement du litige à jour pour que le tribunal puisse au moins avoir une idée de ce qu'il en coûtera pour poursuivre l'instance. En dernière analyse, après évaluation des ressources financières à la disposition du gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais, de la mesure dans laquelle ce dernier doit affecter ces ressources à des besoins pressants qui ont priorité sur le litige, et du coût estimé de celui-ci, on peut décider si le gouvernement demandeur a des ressources excédentaires grâce auxquelles il peut financer le litige en tout ou en partie.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; **arrêts examinés :** *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Keewatin c. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258; *Missanabic Cree First Nation c. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385; *Bande indienne d'Hagwilget c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574; **arrêts mentionnés :** *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*

1 S.C.R. 319; *St-Arnaud v. C.L.*, 2009 QCCA 97; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Rowbotham and Pentelechuk J.J.A.), 2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555, [2020] A.J. No. 675 (QL), 2020 CarswellAlta 1082 (WL), setting aside a decision of Browne J., 2019 ABQB 746, [2019] A.J. No. 1300 (QL), 2019 CarswellAlta 2059 (WL). Appeal allowed.

*Karey Brooks and Robert Janes, Q.C.*, for the appellant.

*Aldo Argento, Lara Mason and Sunny Mann*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta.

*François Joyal and John Provart*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Heather Cochran and Jacqueline Hughes, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Prison Justice Society.

(*Président de l'Assemblée législative*), [1993] 1 R.C.S. 319; *St-Arnaud c. C.L.*, 2009 QCCA 97, [2009] R.J.Q. 239; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.C.S. 533; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

#### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter, Rowbotham et Pentelechuk), 2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555, [2020] A.J. No. 675 (QL), 2020 CarswellAlta 1082 (WL), qui a annulé une décision de la juge Browne, 2019 ABQB 746, [2019] A.J. No. 1300 (QL), 2019 CarswellAlta 2059 (WL). Pourvoi accueilli.

*Karey Brooks et Robert Janes, c.r.*, pour l'appelante.

*Aldo Argento, Lara Mason et Sunny Mann*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta.

*François Joyal et John Provart*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Heather Cochran et Jacqueline Hughes, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Avnish Nanda*, pour l'intervenante Alberta Prison Justice Society.

*Senwung Luk and Julia Brown*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Melanie Gaston and Kelly Twa*, for the intervener the Advocates' Society.

*Carly Fox*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

*Alisa Lombard*, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

*Kate Gunn and Bruce McIvor*, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

*Andhra Azevedo, David Khan and Margot Venton*, for the intervener the Ecojustice Canada Society.

Written submissions only by *Guy Régimbald and Alyssa Flaherty-Spence*, for the intervener the Anishinabek Nation.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

## I. Introduction

[1] In *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, this Court established a framework for assessing claims for advance costs to offset the anticipated litigation expenses of public interest litigants. Among its requirements was that an applicant demonstrate *impecuniosity* — meaning, that it “genuinely cannot afford to pay for the litigation” (para. 40).

[2] This appeal concerns an application for advance costs by Beaver Lake Cree Nation to fund its litigation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. A band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, Beaver Lake has about 1,200 members, approximately 450 of whom live on a reserve located near Lac La Biche, Alberta. In 2008, band chief

*Senwung Luk et Julia Brown*, pour l'intervenante Chiefs of Ontario.

*Melanie Gaston et Kelly Twa*, pour l'intervenante la Société des plaideurs.

*Carly Fox*, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

*Alisa Lombard*, pour l'intervenante l'Association du Barreau autochtone au Canada.

*Kate Gunn et Bruce McIvor*, pour l'intervenante Treaty 8 First Nations of Alberta.

*Andhra Azevedo, David Khan et Margot Venton*, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

Argumentation écrite seulement par *Guy Régimbald et Alyssa Flaherty-Spence*, pour l'intervenante Anishinabek Nation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

## I. Introduction

[1] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, notre Cour a établi un cadre d'évaluation des demandes de provision pour frais visant à couvrir les dépenses que prévoient engager, pour les besoins d'un litige, des justiciables qui défendent une cause d'intérêt public. Parmi les conditions de ce cadre, le demandeur doit démontrer son *impécuniosité* — c'est-à-dire qu'il « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige » (par. 40).

[2] Le présent pourvoi concerne une demande de provision pour frais présentée par la Beaver Lake Cree Nation pour financer la poursuite qu'elle a intentée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, Beaver Lake compte quelque 1 200 membres, dont environ 450 vivent dans une réserve

Germaine Anderson sued on her own behalf and as a representative of all Beaver Lake Cree Nation beneficiaries of Treaty No. 6 and of Beaver Lake Cree Nation (collectively, Beaver Lake).

[3] While contending that it is “impecunious”, Beaver Lake has access to resources — both assets and income — that could potentially be applied to fund this litigation. Beaver Lake says, however, that these resources must be applied to address other priorities. The issue to be decided here, then, is how the requirement of impecuniosity applies in this circumstance. That is, we must consider how a First Nation government applicant may demonstrate impecuniosity where it has access to resources that could fund litigation, but says it must devote those resources to other priorities.

[4] We conclude that a First Nation government that has access to resources may meet the impecuniosity requirement if it demonstrates that it requires such resources to meet its pressing needs. While the impecuniosity requirement is guided by the condition of necessity, pressing needs are not defined by the bare necessities of life. Rather, and in keeping with the imperative of reconciliation, they ought to be understood from the perspective of that First Nation government. A court may therefore consider the broader context in which a First Nation government sets priorities and makes financial decisions, accounting for competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. It follows that, in appropriate cases, a First Nation government may succeed in demonstrating impecuniosity despite having access to resources whose value equals or exceeds its litigation costs.

[5] All this said, the threshold of impecuniosity remains high and is not easily met. Bearing in mind the constraints on the judicial role imposed by the separation of powers, the extraordinary nature of the remedy and the importance of accountability for the expenditure of public funds it entails, the court’s

située près de Lac La Biche, en Alberta. En 2008, la cheffe de bande Germaine Anderson a engagé une poursuite en son propre nom et en qualité de représentante de l’ensemble des bénéficiaires du Traité n° 6 de la Beaver Lake Cree Nation ainsi que de la Beaver Lake Cree Nation (collectivement, Beaver Lake).

[3] Bien qu’elle prétende être « impécunieuse », Beaver Lake a accès à des ressources — tant des actifs que des revenus — qui seraient susceptibles de servir à financer ce litige. Beaver Lake affirme cependant que ces ressources doivent être affectées à d’autres priorités. Il faut donc décider en l’espèce de quelle manière la condition d’impécuniosité s’applique dans une telle situation. Autrement dit, nous devons nous demander comment le gouvernement d’une Première Nation qui sollicite une provision pour frais peut démontrer son impécuniosité lorsqu’il a accès à des ressources qui pourraient être utilisées pour financer un litige, mais affirme devoir affecter ces ressources à d’autres priorités.

[4] Nous concluons que le gouvernement d’une Première Nation qui a accès à des ressources peut satisfaire à la condition d’impécuniosité s’il démontre qu’il lui faut ces ressources pour subvenir à ses besoins pressants. Bien que cette condition repose sur l’état de nécessité, les besoins pressants ne correspondent pas aux seuls besoins essentiels. Il faut plutôt les aborder du point de vue de ce gouvernement conformément à l’impératif de réconciliation. Un tribunal peut donc examiner le contexte général dans lequel le gouvernement d’une Première Nation fixe des priorités et prend des décisions financières en tenant compte des dépenses concurrentes, des restrictions à l’affectation de ses ressources de même que des obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Il s’ensuit que, dans les cas appropriés, un tel gouvernement peut parvenir à démontrer son impécuniosité même s’il a accès à des ressources dont la valeur égale ou dépasse les frais que lui occasionne le litige.

[5] Cela dit, le seuil d’impécuniosité demeure élevé, et il n’est pas facile de l’atteindre. Compte tenu des contraintes qu’impose la séparation des pouvoirs à la fonction judiciaire, du caractère extraordinaire du redressement et de l’importance de rendre des comptes pour l’utilisation de fonds publics qu’il suppose,

analysis must be firmly grounded in the evidence. The court must be able to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's financial resources; and (4) identify the estimated costs of funding the litigation. This approach is sufficiently flexible to account for the realities facing First Nations governments and the importance of furthering the goal of reconciliation while adhering to the appropriate judicial role.

[6] Despite finding that Beaver Lake had, at the time of its application, more than \$3 million in unrestricted funds and additional ongoing revenue that could be used to pay for its legal fees, the case management judge held that it was — given the impoverished state of the community and the other needs it was required to meet — impecunious and awarded Beaver Lake advance costs (2019 ABQB 746). The Court of Appeal of Alberta reversed, holding that there was insufficient evidence to support that conclusion (2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555).

[7] In our respectful view, the case management judge erred in her impecuniosity analysis. While her finding that Beaver Lake is an impoverished community with pressing needs is unassailable, her findings were insufficient to conclude that Beaver Lake had satisfied the legal test for impecuniosity.

[8] The matter of Beaver Lake's impecuniosity, however, should be reconsidered in light of the reasons that follow, and to account for the passage of time which will likely have altered Beaver Lake's current financial state. We would therefore allow the appeal and remit the matter to the Court of Queen's Bench of Alberta.

## II. Background

[9] Beaver Lake's underlying claim, in essence, is that the Crown "improperly allowed lands traditionally used by Beaver Lake Cree Nation to be

l'analyse du tribunal doit s'appuyer fortement sur la preuve. Le tribunal doit pouvoir (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont nécessaires pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources financières du demandeur; et (4) établir les frais estimatifs du financement du litige. Cette approche est suffisamment souple pour prendre en compte la réalité des gouvernements des Premières Nations et l'importance de favoriser l'atteinte de l'objectif de réconciliation tout en respectant la fonction qui appartient au judiciaire.

[6] Même si elle a conclu que Beaver Lake disposait, au moment de sa demande, de plus de 3 millions de dollars en fonds sans restrictions et en revenus constants supplémentaires qui auraient pu servir à payer ses frais juridiques, la juge chargée de la gestion de l'instance a statué que Beaver Lake était impécunieuse — vu la pauvreté de la communauté et les autres besoins auxquels elle devait subvenir — et lui a accordé une provision pour frais (2019 ABQB 746). La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé cette décision, jugeant que la preuve était insuffisante pour étayer cette conclusion (2020 ABCA 238, 448 D.L.R. (4th) 555).

[7] À notre humble avis, la juge chargée de la gestion de l'instance a fait erreur dans son analyse de l'impécuniosité. Bien qu'on ne puisse pas attaquer sa conclusion suivant laquelle Beaver Lake est une communauté démunie aux besoins pressants, ses constatations ne permettaient pas de conclure que Beaver Lake avait satisfait au critère juridique d'impécuniosité.

[8] Toutefois, l'impécuniosité de Beaver Lake devrait être réexaminée à la lumière des motifs qui suivent, et en tenant compte du temps écoulé qui aura vraisemblablement modifié la situation financière actuelle de Beaver Lake. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

## II. Contexte

[9] La demande sous-jacente de Beaver Lake reproche, pour l'essentiel, à la Couronne d'avoir [TRADUCTION] « irrégulièrement permis que des



‘taken up’ for industrial and resource development” thereby “compromis[ing] [its] ability . . . to pursue its traditional way of life” (C.A. reasons, at para. 2). It seeks various declarations of right, injunctions, and damages or equitable compensation.

[10] In support of its application, Beaver Lake says that the cost of litigation — which it estimated as \$5 million — is well beyond its reach. By the time Beaver Lake’s application was heard, it had already spent approximately \$3 million on legal fees, paid from its own funds and from third party fundraising. A 120-day trial is presently scheduled to begin in January 2024.

[11] Citing *Okanagan and Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, the case management judge correctly stated the test for awarding advance costs — that an applicant must demonstrate impecuniosity, present a *prima facie* meritorious case and raise issues of public importance — and recognized that her decision is ultimately discretionary. Canada and Alberta conceded for the purposes of this application that Beaver Lake’s case was *prima facie* meritorious. And, the case management judge found that the public importance requirement was satisfied, since Beaver Lake’s case raised a novel issue regarding the interpretation of Aboriginal and treaty rights.

[12] As to impecuniosity, the case management judge found that Beaver Lake’s financial situation had improved in recent years. It was not under any imminent threat of insolvency or third party or co-management, its recent financial statements showed a surplus, and it had been able to spend \$3 million in legal fees for the litigation (averaging \$300,000 each year). After reviewing Beaver Lake’s resources — including government funding for a variety of programs, Impact Benefit Agreements negotiated with industry and miscellaneous revenue streams such as third party fundraising — she determined that

terres traditionnellement utilisées par la Beaver Lake Cree Nation soient “consacrées” au développement industriel et à l’exploitation des ressources, compromettant [ainsi sa] capacité [. . .] de poursuivre son mode de vie traditionnel » (motifs de la C.A., par. 2). Beaver Lake sollicite divers jugements déclaratifs de droits, des injonctions et des dommages-intérêts ou une indemnité en equity.

[10] À l’appui de sa demande, Beaver Lake dit que le coût du litige — qu’elle estime à 5 millions de dollars — est bien au-dessus de ses moyens. Quand sa demande a été entendue, Beaver Lake avait déjà dépensé environ 3 millions de dollars en frais juridiques, payés à même ses propres fonds et grâce à des fonds collectés auprès de tiers. Un procès de 120 jours est actuellement censé débiter en janvier 2024.

[11] Citant les arrêts *Okanagan et Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38, la juge chargée de la gestion de l’instance a énoncé correctement le critère d’octroi d’une provision pour frais — le demandeur doit démontrer l’impécuniosité, présenter une cause valant *prima facie* d’être instruite et soulever des questions d’importance pour le public — et elle a reconnu que sa décision était en fin de compte de nature discrétionnaire. Le Canada et l’Alberta ont concédé, pour les besoins de la demande, que la cause de Beaver Lake valait *prima facie* d’être instruite. En outre, la juge chargée de la gestion de l’instance a estimé que la condition d’importance pour le public était remplie, car la cause de Beaver Lake soulevait une question nouvelle concernant l’interprétation des droits ancestraux et des droits issus de traités.

[12] Quant à l’impécuniosité, la juge chargée de la gestion de l’instance a conclu que la situation financière de Beaver Lake s’était améliorée au cours des dernières années. Aucune menace imminente d’insolvabilité, de co-gestion ou de gestion par un tiers ne planait sur elle, ses récents états financiers affichaient un surplus, et elle avait été en mesure de dépenser 3 millions de dollars en frais juridiques pour le litige (300 000 dollars en moyenne chaque année). Après avoir examiné les ressources de Beaver Lake — y compris le financement gouvernemental d’une panoplie de programmes, les ententes sur

Beaver Lake had access to “more than \$3 million” in unrestricted funds that could potentially finance its litigation (para. 60 (CanLII)).

[13] The case management judge also observed, however, that Beaver Lake has “substantial deficits in housing and infrastructure and . . . high levels of unemployment and social assistance” (para. 30). Relying on the evidence of band council and community members, she held that Beaver Lake was an impoverished community with many pressing needs and concluded that it was impecunious because it “cannot fund the litigation at the rate required to bring it to trial” (para. 63). In the result, she found it appropriate to award advance costs. Beaver Lake, she said, should not have “to choose between pursuing this litigation and attempting to provide for the basic necessities of life” (para. 66). Each of Beaver Lake, Canada and Alberta would therefore contribute \$300,000 annually to the credit of Beaver Lake’s legal fees until the trial was concluded or litigation was otherwise resolved.

[14] The Court of Appeal allowed Canada’s and Alberta’s appeals and set aside the case management judge’s order. The case management judge erred, it held, in concluding that Beaver Lake was impecunious. Her finding that Beaver Lake had more than \$3 million in unrestricted funds alone signified that Beaver Lake “*prima facie* did not meet the legal test” (C.A. reasons, at para. 17). It was an error in principle to conclude that Beaver Lake was impecunious when it had financial resources, but chose to spend them on other priorities. Distinguishing “discretionary spending on desirable improvements to community infrastructure and standards of living” from “spending on basic necessities”, it held that an applicant is impecunious only where its expenditures on matters in the latter category render it genuinely unable to pay for the litigation (para. 28). Here, no evidence supported the case management judge’s

les répercussions et les avantages négociées avec l’industrie, ainsi que différentes sources de revenus comme les fonds collectés auprès de tiers — elle a déterminé que Beaver Lake avait accès à [TRADUCTION] « plus de 3 millions de dollars » en fonds sans restrictions susceptibles de financer sa poursuite (par. 60 (CanLII)).

[13] Cependant, la juge chargée de la gestion de l’instance a également fait observer que Beaver Lake accuse [TRADUCTION] « des déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures et [. . .] connaît des taux de chômage et d’assistance sociale élevés » (par. 30). S’appuyant sur les témoignages du conseil de bande et des membres de la communauté, elle a statué que Beaver Lake était une collectivité démunie aux nombreux besoins pressants et conclu à son impécuniosité parce qu’elle [TRADUCTION] « n’est pas en mesure de financer le litige suffisamment pour le faire instruire » (par. 63). Par conséquent, elle a jugé à propos d’accorder une provision pour frais. Selon elle, Beaver Lake ne devrait pas avoir [TRADUCTION] « à choisir entre aller de l’avant avec ce litige et tenter de subvenir aux besoins essentiels » (par. 66). Beaver Lake, le Canada et l’Alberta contribueraient donc chacun 300 000 dollars par année au crédit des frais juridiques de Beaver Lake jusqu’à la clôture du procès ou au règlement du litige par un autre moyen.

[14] La Cour d’appel a accueilli les appels du Canada et de l’Alberta et annulé l’ordonnance de la juge chargée de la gestion de l’instance. D’après la cour, la juge chargée de la gestion de l’instance a fait erreur en concluant à l’impécuniosité de Beaver Lake. Sa conclusion suivant laquelle Beaver Lake avait plus de 3 millions de dollars en fonds sans restrictions indiquait à elle seule que Beaver Lake [TRADUCTION] « ne répondait pas à première vue au critère juridique » (motifs de la C.A., par. 17). C’était une erreur de principe de conclure à l’impécuniosité de Beaver Lake alors qu’elle disposait de ressources financières, mais a choisi de les affecter à d’autres priorités. Établissant une distinction entre [TRADUCTION] « les dépenses discrétionnaires consacrées aux améliorations souhaitables aux infrastructures de la collectivité et à la qualité de vie » et « les dépenses consacrées aux besoins essentiels », la Cour d’appel

finding that Beaver Lake would have to choose between spending on basic necessities and pursuing the litigation.

[15] Before the Court of Appeal, Canada tendered fresh evidence that Beaver Lake had received \$2.97 million in settlement of a specific claim. The Court of Appeal therefore held that, in light of this evidence and of the case management judge's findings, and accounting for her errors in principle in disregarding certain assets that were available to Beaver Lake, Beaver Lake had at least \$6 to 7 million to fund the litigation. Further, it said that the advance costs order was "unreasonable", since it failed to adequately balance the parties' interests, the quantum of the award was not justified on the record, and the order did not include adequate procedural controls.

### III. Analysis

[16] Our analysis proceeds as follows. First, we review the test and underlying principles governing awards for advance costs in public interest litigation. Secondly, we consider the impecuniosity requirement of that test, and how it applies to a First Nation government that has access to financial resources that could potentially pay for its litigation. Finally, we apply the framework to illustrate how, we say respectfully, the case management judge erred in her assessment of impecuniosity in this case.

[17] Beaver Lake submits that whether a First Nation government is impecunious must be informed by broad contextual factors and the unique realities of First Nations, including the government's obligations to its community and the reasonable financial decisions it makes on matters besides litigation. An approach to impecuniosity that focuses exclusively

a jugé qu'un demandeur n'est impécunieux que si ses dépenses consacrées à des matières appartenant à la dernière catégorie le rendent véritablement incapable de payer les frais occasionnés par le litige (par. 28). En l'espèce, aucune preuve n'appuyait la conclusion de la juge chargée de la gestion de l'instance selon laquelle Beaver Lake aurait à choisir entre dépenser ses fonds à des besoins essentiels ou poursuivre le litige.

[15] En Cour d'appel, le Canada a produit de nouveaux éléments de preuve montrant que Beaver Lake avait reçu 2,97 millions de dollars au titre du règlement d'une revendication particulière. La Cour d'appel a donc jugé qu'à la lumière de cette preuve et des conclusions de la juge chargée de la gestion de l'instance et compte tenu des erreurs de principe que la juge a commises en faisant abstraction de certains actifs à la disposition de Beaver Lake, cette dernière avait au moins 6 à 7 millions de dollars pour financer le litige. La Cour d'appel a ajouté que l'ordonnance de provision pour frais était [TRADUCTION] « déraisonnable », car elle ne conciliait pas adéquatement les intérêts des parties, le montant de la provision n'était pas justifié au vu du dossier, et l'ordonnance ne prévoyait pas de contrôles procéduraux suffisants.

### III. Analyse

[16] Voici comment nous procédons à notre analyse. Premièrement, nous examinons le critère et les principes sous-jacents qui régissent l'octroi d'une provision pour frais dans un litige d'intérêt public. Deuxièmement, nous nous penchons sur la condition de ce critère relative à l'impécuniosité et sur la manière dont elle s'applique au gouvernement d'une Première Nation qui a accès à des ressources financières susceptibles de financer sa poursuite. Enfin, nous appliquons le cadre pour démontrer de quelle manière, à notre humble avis, la juge chargée de la gestion de l'instance a fait erreur dans son évaluation de l'impécuniosité en l'espèce.

[17] Beaver Lake soutient que, pour établir si le gouvernement d'une Première Nation est impécunieux, il faut tenir compte de facteurs contextuels généraux et de la situation unique des Premières Nations, notamment les obligations du gouvernement envers sa communauté et les décisions financières raisonnables qu'il prend sur d'autres enjeux que le litige. Une

on an applicant’s available financial resources is contrary to the objective of reconciliation inherent in s. 35 litigation. In any event, spending on Beaver Lake’s housing and infrastructure deficits is not just a reasonable financial decision, but a basic need that should take priority over funding the litigation.

[18] Alberta and Canada each submit that, given Beaver Lake’s access to significant assets and revenues, it was not impecunious. While Alberta agrees that the test for impecuniosity is not one of “unqualified impecuniosity” (C.A. reasons, at para. 25), Beaver Lake did not provide sufficient contextual evidence identifying or costing its basic needs or demonstrating that it was using its unrestricted financial resources to address those needs. Alberta acknowledges that the goal of reconciliation is relevant under certain branches of the advance costs test, but argues that it has no role to play in the impecuniosity analysis. Canada says that the exceptional nature of an advance costs award means that merely having legitimate and reasonable infrastructure or social needs sets the bar too low. Beaver Lake did not satisfy the onus of proving that its proposed alternate uses for its financial resources meet a high threshold of necessity.

#### A. *Advance Costs*

##### (1) Guiding Judicial Discretion

[19] We begin with first principles. A court’s equitable jurisdiction over costs confers discretion to decide when, and by whom, costs are to be paid (*Okanagan*, at para. 35). This includes the power to award advance costs (also referred to as “interim costs”) prior to the final disposition of public interest litigation and in any event of the cause (*Okanagan*, at para. 1). Such awards are “meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed” (*Little Sisters*, at para. 43).

conception de l’impécuniosité axée exclusivement sur les ressources financières à la disposition du demandeur va à l’encontre de l’objectif de réconciliation inhérent aux litiges intéressant l’art. 35. Quoi qu’il en soit, combler les déficits de Beaver Lake au chapitre du logement et des infrastructures est non seulement une décision financière raisonnable, mais aussi un besoin fondamental qui devrait avoir priorité sur le financement du litige.

[18] L’Alberta et le Canada affirment tous deux que, comme Beaver Lake avait accès à d’importants actifs et revenus, elle ne manquait pas de ressources. L’Alberta convient que le critère d’impécuniosité applicable n’est pas celui de [TRADUCTION] « l’impécuniosité absolue » (motifs de la C.A., par. 25), mais Beaver Lake n’a pas fourni suffisamment de preuve contextuelle concernant ses besoins essentiels ou établissant leur coût, et elle n’a pas non plus démontré qu’elle utilisait ses ressources financières sans restrictions pour combler ces besoins. L’Alberta reconnaît que l’objectif de réconciliation est pertinent selon certains volets du critère d’octroi d’une provision pour frais, mais elle prétend qu’il n’a aucun rôle à jouer dans l’analyse de l’impécuniosité. Le Canada dit qu’en raison du caractère exceptionnel de l’octroi d’une provision pour frais, le simple fait d’avoir des besoins en infrastructures ou besoins sociaux légitimes et raisonnables n’est pas suffisant. Beaver Lake ne s’est pas acquittée du fardeau de prouver que les autres affectations proposées de ses ressources financières atteignent un seuil élevé de nécessité.

#### A. *Provisions pour frais*

##### (1) Guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux

[19] Commençons par les principes de base. La compétence d’un tribunal en equity de statuer sur les dépens lui confère le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment et par qui les dépens seront payés (*Okanagan*, par. 35). Cela comprend le pouvoir d’adjuger une provision pour frais avant le règlement définitif d’une poursuite d’intérêt public et quelle qu’en soit l’issue (*Okanagan*, par. 1). La provision pour frais « vise à fournir l’aide minimale nécessaire pour que l’affaire suive son cours » (*Little Sisters*, par. 43).

[20] In *Okanagan*, this Court held that advance costs could be awarded based on the strong public interest in obtaining a ruling on a legal issue of exceptional importance, that not only transcended the interests of the parties but also would, in the absence of public funding, have failed to proceed to a resolution, creating an injustice (para. 34; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 6). Access to justice is an important policy consideration underlying advance costs awards where a litigant seeks a determination of their constitutional rights and other issues of broad public significance, but lacks the financial resources to proceed. It has also been recognized by this Court as “fundamental to the rule of law” (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 39; see also *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 230). Further, costs awards can permit litigants of limited means, including vulnerable and historically disadvantaged groups, to have access to the courts in cases of public importance.

[21] But this Court has also emphasized that “*Okanagan* did not establish the access to justice rationale as the paramount consideration in awarding costs” and that “[c]oncerns about access to justice must be considered with and weighed against other important factors” (*Little Sisters*, at para. 35). Indeed, as this Court explained in *Little Sisters*, at para. 5, notwithstanding obstacles to access to justice such as underfunded and overwhelmed legal aid programs and growing instances of self-representation, the Court in *Okanagan* “did not seek to create a parallel system of legal aid or a court-managed comprehensive program”. Rather, *Okanagan* applies to those rare instances where a court would be “participating in an injustice — against the litigant personally and against the public generally” — by declining to exercise its discretion to order advance costs (*Little Sisters*, at para. 5). To award advance costs outside those instances would amount to “imprudent and inappropriate judicial overreach” (*Little Sisters*, at para. 44).

[20] Dans *Okanagan*, notre Cour a statué qu’une provision pour frais peut être accordée en raison du fort intérêt public à obtenir une décision sur une question de droit d’importance exceptionnelle, qui transcende non seulement les intérêts des parties, mais qui, en outre, ne serait pas réglée en l’absence de financement public, entraînant ainsi une injustice (par. 34; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 6). L’accès à la justice constitue une importante considération de principe sous-tendant les provisions pour frais lorsqu’un justiciable cherche à faire préciser ses droits constitutionnels et d’autres enjeux d’une grande importance pour le public, mais ne dispose pas des ressources financières pour aller de l’avant. L’accès à la justice a aussi été reconnu par notre Cour comme étant « essentiel à la primauté du droit » (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 39; voir aussi *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 230). En outre, les provisions pour frais permettent dans certains cas à des justiciables aux moyens limités, y compris aux personnes vulnérables et aux groupes historiquement défavorisés, d’avoir accès aux tribunaux dans des affaires d’importance pour le public.

[21] Mais notre Cour a également souligné que « [l]’arrêt *Okanagan* n’a pas établi que le principe d’accès à la justice constitue désormais la considération primordiale en matière d’attribution de dépens » et que « [l]es préoccupations concernant l’accès à la justice doivent être examinées et soupesées en fonction d’autres facteurs importants » (*Little Sisters*, par. 35). En effet, tel que l’a expliqué notre Cour dans *Little Sisters*, par. 5, malgré les obstacles à l’accès à la justice comme les programmes d’aide juridique sous-capitalisés et débordés, et l’augmentation du nombre de parties qui se représentent elles-mêmes, la Cour dans *Okanagan* « n’a pas cherché à établir un système parallèle d’aide juridique ou un vaste programme géré par les tribunaux ». Cet arrêt s’applique plutôt aux rares cas où un tribunal « contribuerait à une injustice — envers le plaideur personnellement et envers le public en général » — en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger une provision pour frais (*Little Sisters*, par. 5). Accorder des provisions pour frais dans d’autres cas constituerait « un exemple d’activisme judiciaire imprudent et malencontreux » (*Little Sisters*, par. 44).

[22] The root of the concern underlying this narrow scope for an advance costs order is the separation of powers. In *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, this Court affirmed that “our constitutional framework prescribes different roles for the executive, legislative and judicial branches” (para. 27) and that it is “fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other” (para. 29, quoting *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389). And so, in *Caron*, at para. 6, the Court observed that “[a]s a general rule, of course, it is for Parliament and the provincial legislatures to determine if and how public monies will be used to fund litigation against the Crown” (see also *St-Arnaud v. C.L.*, 2009 QCCA 97, at para. 29 (CanLII): [TRANSLATION] “. . . the long-lasting solution, if there is one, is to be found in distributive justice and falls within the purview of the legislator, rather than in corrective justice, which involves the intervention of the courts”). Allocating public resources among competing priorities is “a policy and economic question; it is a political decision” (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 43).

[23] Where, therefore, an applicant seeks to have its litigation funded by the public purse, courts must be mindful of the constraints of their institutional role. Those constraints necessarily confine a court’s discretion to grant such an award to narrow circumstances (*Okanagan*, at para. 41). It must be a “last resort” (*Little Sisters*, at paras. 36, 41, 71 and 73), reserved for the “rare and exceptional” case (*Okanagan*, at para. 1) and where, again, to refrain from awarding advance costs would be to participate in an injustice.

[24] In further keeping with these concerns, the test for advance costs is rigorous. *Okanagan* states three “absolute requirements” (*Little Sisters*, at para. 37) that must be satisfied: impecuniosity, a *prima facie* meritorious case, and issues of public importance. Further, while meeting these requirements

[22] La préoccupation qui sous-tend cette portée étroite d’une ordonnance de provision pour frais prend sa source dans la séparation des pouvoirs. Dans *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, notre Cour a affirmé que « notre cadre constitutionnel attribue des fonctions différentes à l’exécutif, au législatif et au judiciaire » (par. 27), et qu’il est « essentiel qu’aucune [. . .] n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre » (par. 29, citant *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389). Ainsi, au par. 6 de l’arrêt *Caron*, la Cour a fait remarquer que, « [e]n règle générale, évidemment, il revient au Parlement et aux législatures provinciales de décider si, et dans quelle mesure, des fonds publics serviront à financer les poursuites engagées contre l’État » (voir aussi *St-Arnaud c. C.L.*, 2009 QCCA 97, [2009] R.J.Q. 239, par. 29 : « . . . la solution durable, s’il en est une, se trouve dans l’ordre de la justice distributive et relève du législateur, plutôt que dans l’ordre de la justice commutative où interviennent les tribunaux judiciaires »). L’affectation de ressources publiques en fonction de priorités concurrentes « est une question qui concerne l’économie et les orientations stratégiques du gouvernement; il s’agit d’une décision de nature politique » (*Criminal Lawyers' Association*, par. 43).

[23] Par conséquent, lorsqu’un demandeur cherche à faire financer sa poursuite par les deniers publics, le tribunal doit tenir compte des contraintes de son rôle institutionnel. Ces contraintes restreignent forcément le pouvoir discrétionnaire du tribunal d’accorder une provision pour frais dans des contextes précis (*Okanagan*, par. 41). Ce doit être une solution de « dernier recours » (*Little Sisters*, par. 36, 41, 71 et 73) appliquée uniquement dans un cas « rar[e] et exceptionnelle[1] » (*Okanagan*, par. 1) et lorsque, là encore, s’abstenir d’accorder une provision pour frais contribuerait à une injustice.

[24] Pour répondre davantage à ces préoccupations, le critère d’octroi d’une provision pour frais est rigoureux. L’arrêt *Okanagan* énonce trois « conditions absolues » (*Little Sisters*, par. 37) qui doivent être réunies : l’impecuniosité, une affaire valant *prima facie* d’être instruite, et des questions d’importance pour le public.

is necessary, doing so does not automatically entitle an applicant to an advance costs award (*Caron*, at para. 39). Where the requirements are satisfied, a court — having considered all relevant individual circumstances of the case — retains residual discretion to decide whether to award advance costs, or to consider other ways of facilitating the hearing of the case (*Little Sisters*, at para. 37).

## (2) Reconciliation

[25] Since *Okanagan*, this Court has decided *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. These judgments and others affirmed the Crown’s obligation to consult and accommodate Indigenous groups, and emphasized that the “fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions” (*Mikisew Cree*, at para. 1; see also *Haida Nation*, at para. 32; *Taku River*, at para. 42; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at para. 22). In *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533, at para. 22, this Court reiterated that “the two purposes of s. 35(1) are to recognize the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and to reconcile their modern-day existence with the Crown’s assertion of sovereignty” and that “[t]he same purposes are reflected in the principle of the honour of the Crown, under which the Crown’s historic assertion of sovereignty over Aboriginal societies gives rise to continuing obligations to their successors as part of an ongoing process of reconciliation.” As the parties and several interveners have invoked reconciliation here, it is worth explaining its significance in the advance costs test, with respect to a First Nation government applicant involved in s. 35 litigation.

De plus, bien que le demandeur doive respecter ces conditions, cela ne lui confère pas automatiquement le droit d’obtenir une provision pour frais (*Caron*, par. 39). Lorsque les conditions sont respectées, le tribunal — qui a tenu compte de toutes les circonstances de l’affaire — conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de décider ou non d’accorder une provision pour frais, ou d’envisager d’autres moyens de faciliter l’instruction de l’affaire (*Little Sisters*, par. 37).

## (2) Réconciliation

[25] Depuis *Okanagan*, notre Cour a rendu les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Ces jugements et d’autres ont confirmé l’obligation de la Couronne de consulter et d’accommoder les groupes autochtones, et souligné que l’« objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs » (*Première nation crie Mikisew*, par. 1; voir aussi *Nation haïda*, par. 32; *Taku River*, par. 42; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 22). Dans *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.C.S. 533, par. 22, notre Cour a réaffirmé que « les deux objectifs du par. 35(1) sont de reconnaître l’occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes, et de concilier leur existence contemporaine avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne », et que « [l]es mêmes objectifs se reflètent dans le principe de l’honneur de la Couronne, selon lequel l’affirmation historique de la souveraineté de la Couronne sur les sociétés autochtones donne lieu à des obligations permanentes envers leurs successeurs, dans le cadre d’un processus de réconciliation continu. » Puisque les parties et plusieurs intervenants ont invoqué la réconciliation en l’espèce, il vaut la peine d’expliquer l’importance qu’elle revêt dans le critère d’octroi d’une provision pour frais au gouvernement d’une Première Nation qui est partie à un litige intéressant l’art. 35.

[26] Where litigation raises novel issues concerning the interpretation of Aboriginal and treaty rights and the infringement of those rights, this may have significant weight in a court's analysis of the public importance branch of the advance costs test and the exercise of its residual discretion. Other aspects of the Crown-Aboriginal relationship may be relevant to a court's exercise of its residual discretion since, at this stage, "the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test" (*Little Sisters*, at para. 72). For example, a court may be more inclined to exercise its discretion to award advance costs where the Crown has employed tactics to delay the resolution of the applicant's claim (see *Hagwilget Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2008 FC 574, [2008] 3 C.N.L.R. 136, at paras. 20-24).

[27] In assessing impecuniosity, a court must respectfully account for the broader context in which First Nations governments such as Beaver Lake make financial decisions. Promoting institutions and processes of Indigenous self-governance fosters a positive, mutually respectful long-term relationship between Indigenous and non-Indigenous communities, thereby furthering the objective of reconciliation (*First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at para. 10; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 9-10). In the context of the impecuniosity analysis, this means that the pressing needs of a First Nation should be considered from the perspective of its government that sets its priorities and is best situated to identify its needs. We return below to what doing so specifically entails in this case.

### (3) The Terms of an Advance Costs Award

[28] Where a court decides that an award of advance costs is justified, the terms of the order must be carefully crafted. They must balance the interests of the parties, and should not impose an unfair burden

[26] Lorsqu'un litige soulève des questions nouvelles touchant l'interprétation de droits ancestraux et de droits issus de traités ainsi que l'atteinte à ces droits, cela peut avoir beaucoup de poids dans l'analyse, par le tribunal, du volet « importance pour le public » du critère d'octroi d'une provision pour frais et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel. D'autres aspects de la relation entre la Couronne et les Autochtones peuvent se révéler pertinents pour l'exercice de ce pouvoir car, à ce stade, « le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère » (*Little Sisters*, par. 72). Par exemple, le tribunal peut être plus enclin à exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une provision pour frais si la Couronne a employé des tactiques pour retarder le règlement de la revendication du demandeur (voir *Bande indienne d'Hagwilget c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CF 574, par. 20-24 (CanLII)).

[27] Pour évaluer l'impecuniosité, le tribunal doit tenir respectueusement compte du contexte général dans lequel les gouvernements de Premières Nations comme Beaver Lake prennent des décisions financières. Le fait de promouvoir les institutions et les processus d'autonomie gouvernementale autochtone favorise une relation à long terme harmonieuse et empreinte de respect mutuel entre les communautés autochtones et non autochtones, ce qui contribue à l'atteinte de l'objectif de réconciliation (*First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, par. 10; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 9-10). Dans le contexte de l'analyse de l'impecuniosité, cela signifie que les besoins pressants d'une Première Nation devraient être examinés du point de vue de son gouvernement, qui fixe ses priorités et est le mieux placé pour cerner ses besoins. Nous reviendrons plus loin sur ce que suppose précisément cet examen en l'espèce.

### (3) Les modalités de l'octroi d'une provision pour frais

[28] Lorsqu'un tribunal décide que l'octroi d'une provision pour frais se justifie, les modalités de l'ordonnance doivent être rédigées avec soin. Elles doivent établir un équilibre entre les intérêts des parties, et ne



(*Okanagan*, at para. 41). Accordingly, the order must provide for, or allow for the later provision of, oversight in the form of a “definite structure . . . imposed or approved by the court itself” that sets limits on the rates and hours of legal services and caps the award at an appropriate global amount (*Little Sisters*, at para. 42). The order should also build in judicial oversight to allow the court to “closely monitor the parties’ adherence to its dictates” (para. 43). In short, an advance costs order is not free rein. Because the public purse is burdened, there must be “scrutiny” of how a litigant spends the opposing party’s money (para. 42).

[29] Other terms of the order will, of course, be informed by a court’s findings in deciding impecuniosity. As outlined below, an applicant pleading impecuniosity must provide a litigation plan and sufficient evidence of its financial resources. While this will obviously be relevant to the quantum of the award, which should represent “a basic level of assistance necessary for the case to proceed” (*Little Sisters*, at para. 43), it will also assist in determining whether, for example, the terms of an advance cost order should include a requirement that the applicant commit to making some contribution to the litigation. It is, therefore, to that requirement of impecuniosity that we now turn.

### B. *The Impecuniosity Requirement*

#### (1) Impecuniosity and First Nations Governments: The Threshold

[30] This Court has stated the requirement of impecuniosity in varying, but strict, terms. In *Okanagan*, it held that an applicant is impecunious if it “genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made” (para. 40). Likewise, in *Little Sisters*, this Court stated that the impecuniosity requirement “means that it must be proven to be impossible to proceed otherwise before advance

devraient pas imposer un fardeau inéquitable (*Okanagan*, par. 41). En conséquence, l’ordonnance doit prévoir, ou permettre de prévoir ultérieurement, une surveillance sous la forme d’une « structure précise » que « [l]e tribunal lui-même doit prescrire ou approuver » et qui fixe des limites aux tarifs des services juridiques et plafonne la provision pour frais à un montant global convenable (*Little Sisters*, par. 42). L’ordonnance devrait aussi prévoir une surveillance judiciaire pour permettre au tribunal de « surveiller de près le respect de ses prescriptions par les parties » (par. 43). Bref, une ordonnance de provision pour frais n’est pas une carte blanche. Comme il y a ponction sur le trésor public, il faut « contrôl[er] » la manière dont un plaideur dépense l’argent de la partie adverse (par. 42).

[29] D’autres modalités de l’ordonnance seront, bien entendu, fonction des conclusions tirées par le tribunal au moment de statuer sur l’impecuniosité. Comme nous le verrons plus loin, le demandeur qui plaide l’impecuniosité doit présenter un plan pour faire avancer l’instance et une preuve suffisante de ses ressources financières. Bien que ces éléments soient pertinents quant au montant de la provision pour frais, laquelle devrait représenter « l’aide minimale nécessaire pour que l’affaire suive son cours » (*Little Sisters*, par. 43), ils aideront également à décider si, par exemple, les modalités d’une ordonnance de provision pour frais devraient notamment exiger que le demandeur s’engage à assumer une certaine part des frais occasionnés par le litige. C’est donc sur cette condition d’impecuniosité que nous nous pencherons maintenant.

### B. *La condition d’impecuniosité*

#### (1) Impecuniosité et gouvernements des Premières Nations : le seuil

[30] Notre Cour a formulé la condition d’impecuniosité en des termes différents, mais stricts. Dans *Okanagan*, elle a statué qu’un demandeur manque de ressources s’il « n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, [il] serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance » (par. 40). De même, dans *Little Sisters*, notre Cour a mentionné que la condition

costs will be ordered” (para. 71). And these general formulations have proven sufficient to decide the cases which have to date called upon the Court to apply the advance costs test. In *Okanagan*, the applicant bands faced extreme financial difficulty, as they ran deficits to finance day-to-day operations and were close to having outside management of their finances imposed upon them. It was impossible for them to fund the estimated litigation costs (paras. 4-5). In *Caron*, the applicant had exhausted his limited personal funds, incurred debts, sought and received donations, and faced costly lawyer and expert fees (paras. 11-13 and 21). Finally, in *Little Sisters*, this Court did not need to apply the impecuniosity requirement, as the other branches of the advance costs test were not satisfied (para. 67).

[31] What makes this a case of first impression is whether and how, in the context of a claim brought by a First Nation government, it can be said that it “genuinely cannot afford to pay” for, or that it is “impossible to proceed” with, public interest litigation, while having access to financial resources that it says must be otherwise allocated.

[32] The parties agree that, in such circumstances, the assessment of impecuniosity must look beyond the First Nation government’s financial resources in the abstract. A snapshot in time of its resources will be an important part of the analysis. But to assess whether a First Nation government genuinely cannot afford to pay for litigation, a court must also consider the broader context in which that government makes financial decisions, including its competing spending commitments, restrictions on the uses of its resources, and fiduciary and good governance obligations. A First Nation government may genuinely need to allocate some or all of its resources to priorities other than litigation.

d’impécuniosité « signifie qu’une provision pour frais ne pourra être ordonnée que s’il s’avère impossible de procéder autrement » (par. 71). Ces formulations générales se sont avérées suffisantes pour trancher les affaires où, jusqu’à présent, la Cour a été appelée à appliquer le critère d’octroi d’une provision pour frais. Dans l’affaire *Okanagan*, les bandes demanderesse éprouvaient de graves difficultés financières, vu qu’elles accumulaient des déficits pour financer leurs activités de tous les jours, et étaient sur le point de se voir imposer une gestion externe de leurs finances. Il était impossible pour elles de payer les frais estimatifs du litige (par. 4-5). Dans *Caron*, le demandeur avait épuisé ses fonds personnels limités, contracté des prêts, sollicité et reçu des dons et devait payer des honoraires d’avocats et d’experts élevés (par. 11-13 et 21). Enfin, dans *Little Sisters*, notre Cour n’a pas eu à appliquer la condition d’impécuniosité, car il n’avait pas été satisfait aux autres volets du critère d’octroi d’une provision pour frais (par. 67).

[31] L’affaire qui nous occupe en est une de première impression, car on doit se demander si, et de quelle façon, l’on peut affirmer dans le contexte d’une revendication présentée par le gouvernement d’une Première Nation que celui-ci « n’a véritablement pas les moyens de payer » les frais occasionnés par un litige d’intérêt public, ou qu’il est « impossible de procéder » avec celui-ci, même si ce gouvernement a accès à des ressources financières qui, à ses dires, doivent être affectées ailleurs.

[32] Les parties conviennent qu’en pareilles circonstances, l’évaluation de l’impécuniosité doit dépasser les ressources financières de la Première Nation dans l’abstrait. Un bilan ponctuel de ses ressources constituera un aspect important de l’analyse. Mais pour déterminer si le gouvernement d’une Première Nation n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige, le tribunal doit aussi examiner le contexte général dans lequel ce gouvernement prend des décisions financières, notamment ses dépenses concurrentes, les restrictions à l’usage de ses ressources, ainsi que les obligations fiduciaires et de bonne gouvernance. Le gouvernement d’une Première Nation peut véritablement avoir besoin d’affecter une partie ou l’ensemble de ses ressources à d’autres priorités que le recours aux tribunaux.

[33] The parties and interveners in this appeal presented us with several proposals for modifying or elaborating on the meaning of the impecuniosity requirement to suit the circumstances before us. The intervener the Chiefs of Ontario, submits that where a First Nation government applicant is involved in s. 35 litigation, it should be *presumed* to be impecunious. Beaver Lake, in its factum, and several interveners argue that an applicant is impecunious where it is unable to finance the litigation because it has expended its resources on other “reasonable financial choices” (see, e.g., A.F., at paras. 4, 55, 58 and 61). Another intervener, the Advocates’ Society, proposes that the impecuniosity requirement should ask whether it would be “unduly onerous” for the applicant to be expected to fund the litigation (I.F., at paras. 3, 24-26 and 28).

[34] We would not modify the impecuniosity requirement in these ways.

[35] We recognize that access to justice is of particular importance in the context of s. 35 litigation, and further acknowledge that, in some cases, the dire financial circumstances of a First Nation government applicant may be the very result of the alleged interference with its constitutional rights at issue in the litigation. None of this, however, warrants a presumption that all First Nations government applicants are impecunious. First, this presumption is inappropriate, as the financial situation of First Nations governments varies throughout Canada. Secondly, the parameters for an award of advance costs and the impecuniosity branch of the test were developed in *Okanagan*, which was itself a s. 35 claim by a First Nation government applicant, and which held that impecuniosity “must be established on the evidence” (para. 36 (emphasis added)). Finally, a class-based presumption of impecuniosity would risk turning the advance costs test into a parallel system of legal aid which, as noted above, would signify imprudent and inappropriate judicial overreach.

[33] Les parties et les intervenants en l’espèce nous ont présenté plusieurs propositions visant à modifier ou à préciser le sens de la condition d’impécuniosité pour l’adapter aux circonstances de l’espèce. L’intervenante Chiefs of Ontario affirme que le gouvernement d’une Première Nation partie à un litige intéressant l’art. 35 doit être *présupposé* impécunieux. Beaver Lake, dans son mémoire, de même que plusieurs intervenants prétendent qu’un demandeur est impécunieux s’il ne peut pas financer le recours devant les tribunaux parce qu’il a consacré ses ressources à d’autres [TRADUCTION] « choix financiers raisonnables » (voir, p. ex., m.a., par. 4, 55, 58 et 61). Une autre intervenante, la Société des plaideurs, propose que la condition d’impécuniosité consiste à déterminer s’il serait [TRADUCTION] « indûment onéreux » pour le demandeur qu’on s’attende à ce qu’il finance le recours devant les tribunaux (m. interv., par. 3, 24-26 et 28).

[34] Nous ne sommes pas d’avis de modifier ainsi la condition d’impécuniosité.

[35] Nous reconnaissons que l’accès à la justice revêt une importance particulière dans le contexte d’un litige intéressant l’art. 35, et que, dans certains cas, la situation financière précaire du gouvernement d’une Première Nation est le résultat même de l’atteinte reprochée à ses droits constitutionnels en cause dans le litige. Rien de tout cela ne justifie toutefois la présomption que tous les gouvernements des Premières Nations sont impécunieux. Premièrement, la présomption est inappropriée, car la situation financière des gouvernements des Premières Nations varie d’un endroit à l’autre au Canada. Deuxièmement, les paramètres de l’octroi d’une provision pour frais et le volet « impécuniosité » du critère ont été élaborés dans l’arrêt *Okanagan*, lequel portait lui-même sur une revendication déposée par le gouvernement d’une Première Nation sur la base de l’art. 35 et indiquait que l’impécuniosité « doit ressortir de la preuve » (par. 36 (nous soulignons)). Enfin, une présomption d’impécuniosité fondée sur des catégories risquerait de transformer le critère d’octroi d’une provision pour frais en un système parallèle d’aide juridique qui, rappelons-le, donnerait lieu à un activisme judiciaire imprudent et malencontreux.

[36] That said, judicial notice may be taken of the systemic and background factors affecting Indigenous peoples in Canadian society. As this Court reiterated in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 60, in the context of criminal sentencing, “courts must take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples”. In the context of the advance costs test, courts may also take notice of such matters insofar as they may be relevant to understanding a First Nation government’s financial situation and spending priorities.

[37] Nor can we accept thresholds based on a standard of “reasonableness” or on whether it would be “unduly onerous” for the applicant to fund the litigation. While assessing impecuniosity entails reviewing the evidence of a First Nation government’s expenditures on matters besides litigation, the ultimate determination cannot be reached by applying broad and open-ended standards of reasonableness or undue burdens. These standards would dilute the requirement, repeatedly emphasized in *Little Sisters*, that advance costs awards “must be granted . . . in circumstances where the need for them is clearly established”, as a “last resort” (para. 36; see also paras. 41, 71, 73 and 78), and that “[a] court awarding advance costs must be guided by the condition of necessity” (para. 44 (emphasis added)).

[38] The concept of necessity is captured by this Court’s direction that advance costs are to be ordered as a “last resort”, where the First Nation government “genuinely cannot afford” the litigation and where it is “impossible to proceed”. It follows from this, in our view, that it is open to a court to decide that a First Nation government is impecunious when its

[36] Cela dit, le tribunal peut prendre connaissance d’office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne. Comme l’a répété notre Cour dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 60, dans le contexte de la détermination de la peine en matière criminelle, « les tribunaux doivent prendre connaissance d’office de questions telles que l’histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd’hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d’alcool ou d’autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d’incarcération ». S’agissant du critère d’octroi d’une provision pour frais, les tribunaux peuvent aussi prendre connaissance d’office de questions de ce genre dans la mesure où elles peuvent permettre de comprendre la situation financière du gouvernement d’une Première Nation et ses priorités en matière de dépenses.

[37] Nous ne pouvons pas non plus accepter des seuils fondés sur une norme de « raisonnabilité » ou sur le point de savoir s’il serait « indûment onéreux » pour le demandeur de financer le litige. Bien que l’évaluation faite à l’aune du critère d’impecuniosité implique d’examiner la preuve des dépenses consacrées par le gouvernement d’une Première Nation à d’autres matières que le litige, on ne peut prendre la décision finale en appliquant des normes générales et larges de raisonnabilité ou axées sur des fardeaux indus. Ces normes dilueraient la condition, maintes fois soulignée dans *Little Sisters*, suivant laquelle les ordonnances de provisions pour frais « doivent être rendues [. . .] dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie », et ce, en « dernier recours » (par. 36; voir aussi par. 41, 71, 73 et 78), et « [l]’état de nécessité doit guider le tribunal qui accorde une provision pour frais » (par. 44 (nous soulignons)).

[38] Le concept de nécessité se dégage de la directive de notre Cour voulant que les provisions pour frais soient adjugées en « dernier recours », lorsque le gouvernement d’une Première Nation « n’a véritablement pas les moyens de payer » les frais occasionnés par le litige, et qu’il est « impossible de procéder ». D’après nous, il s’ensuit que le tribunal peut décider que le

prioritization of “pressing needs”, properly understood, has left it unable to fund public interest litigation. Doing so — as opposed, for example, to considering merely whether the First Nation government made a “reasonable” financial choice — is consistent with this Court’s strictures confining grants of advance costs, inasmuch as meeting a *pressing* need connotes *necessity*.

[39] An approach to impecuniosity that allows a First Nation government’s pressing needs to take priority over the litigation has been usefully applied in lower court decisions. For example, the concept of a First Nation government applicant’s “pressing needs” has been applied to determine if it is genuinely unable to pay for the litigation. In *Keewatin v. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258 (Ont. S.C.J.), Spies J. found that the applicant had access to \$500,000 to \$600,000 annually in trust fund income that could be used to finance the litigation, but concluded that it was nevertheless impecunious because it should use those funds to address “more pressing needs that would take priority over funding this litigation” (para. 83; see also paras. 80-82 and 96). Significantly, this approach also appears to reflect a broadly acceptable threshold for impecuniosity, as it was applied *both* by the case management judge and the Court of Appeal in this case, the latter identifying the central issue before it as “the extent to which the funding of this litigation can be ‘weighed against the community’s other pressing needs’” (para. 24, quoting the case management judge’s reasons, at para. 60).

[40] We are therefore content to affirm that an applicant genuinely cannot afford to pay for the litigation where, and only where, it cannot meet its pressing needs while also funding the litigation. And, as we explain further below, where the applicant is a First Nation government, pressing needs must be understood from the perspective of the First Nation government.

gouvernement d’une Première Nation est impécunieux si le fait d’avoir accordé la priorité aux « besoins pressants », interprétés correctement, l’a rendu incapable de financer un litige d’intérêt public. Rendre cette décision — au lieu, par exemple, de se demander simplement s’il a fait un choix financier « raisonnable » — concorde avec la restriction, par notre Cour, des octrois de provision pour frais, dans la mesure où combler un besoin *pressant* implique la *nécessité*.

[39] Des juridictions inférieures ont utilement adopté une conception de l’impécuniosité permettant que les besoins pressants du gouvernement d’une Première Nation aient priorité sur le litige. Par exemple, on a appliqué la notion des « besoins pressants » d’un tel gouvernement pour décider s’il n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige. Dans la décision *Keewatin c. Ontario (Minister of Natural Resources)* (2006), 32 C.P.C. (6th) 258 (C.S.J. Ont.), la juge Spies a constaté que le demandeur avait accès à des revenus de 500 000 à 600 000 dollars par année tirés d’un fonds de fiducie qui pouvaient servir à financer le litige, mais elle a conclu qu’il était néanmoins impécunieux parce qu’il devrait utiliser ces fonds pour subvenir à des [TRADUCTION] « besoins plus pressants qui auraient priorité sur le financement de ce litige » (par. 83; voir aussi par. 80-82 et 96). Fait important, cette approche semble également exprimer un seuil généralement acceptable d’impécuniosité, car elle a été appliquée *à la fois* par la juge chargée de la gestion de l’instance et la Cour d’appel en l’espèce, cette dernière décrivant la question centrale dont elle était saisie comme [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle le financement de ce litige peut être “évalué par rapport aux autres besoins pressants de la communauté” » (par. 24, citant les motifs de la juge chargée de la gestion de l’instance, par. 60).

[40] Nous nous contenterons donc d’affirmer qu’un demandeur n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige si, et seulement si, il ne peut répondre à ses besoins pressants tout en finançant le litige. Comme nous l’expliquerons aussi plus loin, lorsque le demandeur est le gouvernement d’une Première Nation, il faut envisager les besoins pressants du point de vue de ce gouvernement.

(2) Assessing Pressing Needs

[41] Bearing in mind the extraordinary nature of the remedy, and the constraints of the judicial role in ordering the expenditure of public funds, assessing whether a First Nation government has sufficient resources to pay for the litigation after meeting its pressing needs requires that a court have a sufficient record to (1) identify the applicant's pressing needs; (2) determine what resources are required to meet those needs; (3) assess the applicant's resources (both assets and income); and (4) identify the estimated cost of funding the litigation. The level of evidential granularity required for a trier of fact to apply the legal test will vary, depending on the circumstances of the applicant. Detailed proof of an applicant's pressing needs and the extent to which they are unfunded, and estimated litigation costs, may be required to ensure accountability over the expenditure of public funds. At the same time, it must not be prohibitively expensive to establish impecuniosity.

(a) *Identifying the Pressing Needs of a First Nation Government*

[42] Where an applicant has access to financial resources that could potentially be used to pay for the litigation, it bears the onus of proving that it genuinely cannot afford to pay for the litigation because it must commit those resources to address other pressing needs. Identifying the pressing needs of a First Nation government will always be a fact-specific determination; different communities may have different governance structures, funding arrangements and priorities, and so the evidence to establish pressing needs will vary from community to community.

[43] There can be no question that expenditures on basic necessities of life, including adequate housing, a safe water supply, and basic health and education services, rise to the level of addressing a pressing need. Spending to improve standards of living, for example, to provide enhanced health and education services or to promote cultural survival, may also qualify.

(2) Évaluation des besoins pressants

[41] Vu le caractère extraordinaire du redressement, ainsi que les contraintes imposées à la fonction judiciaire lorsqu'il s'agit d'ordonner la dépense de fonds publics, décider si le gouvernement d'une Première Nation a assez de ressources pour payer les frais occasionnés par le litige après avoir répondu à ses besoins pressants nécessite que le tribunal dispose d'un dossier suffisant pour (1) cerner les besoins pressants du demandeur; (2) déterminer quelles ressources sont requises pour répondre à ces besoins; (3) évaluer les ressources du demandeur (tant les actifs que le revenu); et (4) estimer combien il en coûtera pour financer le litige. Le niveau de détail probant requis pour que le juge des faits applique le critère juridique variera selon la situation du demandeur. La preuve détaillée des besoins pressants d'un demandeur et de la mesure dans laquelle ils ne sont pas capitalisés, de même que le coût estimatif du litige, peut s'avérer nécessaire pour assurer la reddition de comptes sur la dépense de fonds publics. Par contre, il ne doit pas être excessivement onéreux d'établir l'impecuniosité.

a) *Cerner les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation*

[42] Le demandeur ayant accès à des ressources financières qui pourraient servir à payer les frais occasionnés par le litige a le fardeau de prouver qu'il n'a véritablement pas les moyens de payer ces frais parce qu'il doit affecter les ressources en question pour répondre à d'autres besoins pressants. Il faut toujours cerner les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation au regard des faits; différentes communautés peuvent avoir différentes structures de gouvernance, dispositions de financement et priorités, donc la preuve nécessaire pour établir des besoins pressants variera d'une communauté à l'autre.

[43] Il ne fait aucun doute que les dépenses consacrées aux besoins essentiels, y compris des logements convenables, une source d'eau sûre ainsi que des services de santé et d'éducation de base, servent à combler un besoin pressant. Il peut également s'agir de dépenser pour améliorer les conditions de vie, par exemple, en vue d'offrir de meilleurs services de santé et d'éducation, ou encore de favoriser la survie culturelle.

[44] Further, and as we have already observed (para. 25), the goal of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society will inform how a court identifies the pressing needs of a First Nation government. Reconciliation requires a court to consider the pressing needs of a First Nation government applicant from its perspective as a government that sets its own priorities and is best situated to identify its needs. Accordingly, a court identifying the pressing needs of a First Nation government may have regard to what that government has prioritized in the past as indicated, for example, by records of Crown consultation, of negotiations with the Crown for funding, by band council resolutions requesting access to capital and revenue moneys, and in records of internal departmental or other meetings dealing with its budgeting and priorities. Certain prioritized expenditures, such as allocating funds to construct a skating rink or to promote the First Nation's culture, may not appear to a court to address a pressing need on their face. And yet, a community may adduce evidence of how it has prioritized this project because it promotes its Indigenous identity or, for example, an urgent problem of youth in crisis has led it to promote physical health, outdoor activities or traditional cultural practices (*Keewatin*, at para. 59).

(b) *The Extent of Unfunded Pressing Needs*

[45] Identification by a court of needs as truly pressing will not establish impecuniosity. An applicant should also adduce evidence of the costs of meeting those needs and the extent to which it cannot cover those costs. The amount of detail required will depend on the circumstances, including the nature of the unmet needs and any difficulties in estimating the cost of those needs.

[46] Additionally, where the applicant has access to resources that could potentially pay for the litigation but which it says must be devoted to its pressing needs, it must demonstrate that those resources are in fact

[44] De plus, et comme nous l'avons déjà fait remarquer (par. 25), l'objectif de concilier les intérêts autochtones et les intérêts plus larges de la société orientera la façon dont le tribunal cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation. La réconciliation oblige le tribunal à envisager les besoins pressants de ce gouvernement de son point de vue en tant que gouvernement qui fixe ses propres priorités et est le mieux placé pour déterminer ses besoins. Par conséquent, le tribunal qui cerne les besoins pressants du gouvernement d'une Première Nation peut tenir compte des priorités établies dans le passé par ce gouvernement tel qu'il appert, par exemple, des comptes rendus d'une consultation effectuée par la Couronne, des négociations menées avec la Couronne pour obtenir du financement, de résolutions adoptées par un conseil de bande pour demander accès à des capitaux et à des revenus, et des procès-verbaux de réunions sectorielles ou autres portant sur son budget et ses priorités. Certaines dépenses prioritaires, comme l'affectation de fonds à la construction d'une patinoire ou la promotion de la culture de la Première Nation, peuvent ne pas sembler à première vue, selon le tribunal, répondre à un besoin pressant. Pourtant, une communauté peut produire une preuve de la manière dont elle a accordé la priorité à ce projet parce qu'il promeut son identité autochtone ou que, par exemple, un problème urgent de jeunes en crise l'a amené à promouvoir la santé physique, les activités de plein air ou les pratiques culturelles traditionnelles (*Keewatin*, par. 59).

b) *L'étendue des besoins pressants non capitalisés*

[45] La conclusion du tribunal que des besoins sont véritablement pressants n'établira pas l'impecuniosité. Le demandeur devrait également produire une preuve des frais à engager pour répondre à ses besoins et de la mesure dans laquelle il n'est pas capable d'assumer ces frais. La quantité de renseignements nécessaires dépendra des circonstances, notamment la nature des besoins non comblés et toute difficulté à en estimer le coût.

[46] En outre, le demandeur ayant accès à des ressources susceptibles de servir à payer les frais occasionnés par le litige, mais qui, affirme-t-il, doivent être affectées à ses besoins pressants doit

being devoted to addressing those pressing needs. We concur with the Court of Appeal of Alberta's statement in the present case that "[f]unds that are available to meet infrastructure and services deficits must be used for that purpose before a claim can be made for advance [costs], based on an argument that available funds are needed for those other priorities" (para. 31). In this regard, evidence of an applicant's plan for the use of its financial resources would be relevant.

(c) *Assessing the Applicant's Financial Resources*

[47] It follows from our jurisprudence that in some cases, a finding of impecuniosity can be made even where the applicant does not adduce detailed evidence, either because the applicant does not have any available financial resources, as in *Okanagan*, or because it is obvious that its financial resources would be outstripped by the nature and extent of its pressing needs as compared with its estimated litigation costs.

[48] Lower court cases illustrate how a finding of impecuniosity can find support in the evidence adduced by a First Nation government applicant. In *Missanabic Cree First Nation v. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385, the First Nation government satisfied the impecuniosity requirement where it adduced years of financial statements disclosing that its liabilities exceeded its assets, that it had significant long-term debt, and that it did not have any unrestricted revenue sources that could be used towards the litigation (paras. 41-47). In *Hagwilget Indian Band*, litigation between the applicant band and Canada had persisted for 20 years, leaving the band "with virtually no resources" (para. 12). It was manifest to the court that the band could not pursue the litigation without advance costs, since its funding was closely controlled by the government, it had been unsuccessful in obtaining other sources of funding, it owed counsel over \$140,000, ran deficits, had no available credit, and had to close its band council offices for over 3 weeks due to lack of funding (paras. 12-14). In *Keewatin*, the record established

démontrer que ces ressources sont effectivement utilisées pour répondre à ces besoins. Nous souscrivons à l'affirmation de la Cour d'appel de l'Alberta dans la présente affaire selon laquelle [TRADUCTION] « [L]es fonds disponibles pour combler les déficits en matière d'infrastructures et de services doivent être utilisés à cette fin avant que l'on puisse demander une provision [pour frais] en s'appuyant sur l'argument que les fonds disponibles doivent être affectés à ces autres priorités » (par. 31). À cet égard, la preuve que le demandeur a un plan pour utiliser ses ressources financières serait pertinente.

c) *Évaluer les ressources financières du demandeur*

[47] Il découle de notre jurisprudence que, dans certains cas, il est possible de conclure à l'impecuniosité même si le demandeur ne produit pas une preuve détaillée, soit parce que le demandeur ne dispose d'aucune ressource financière disponible, comme dans l'affaire *Okanagan*, ou parce que ses ressources financières seraient manifestement dépassées par la nature et l'étendue de ses besoins pressants, comparativement aux frais approximatifs que lui occasionnera le litige.

[48] La jurisprudence de tribunaux inférieurs montre en quoi une conclusion d'impecuniosité peut trouver appui dans la preuve produite par le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais. Dans l'affaire *Missanabic Cree First Nation c. Ontario*, 2011 ONSC 5196, 38 C.P.C. (7th) 385, le gouvernement de la Première Nation a satisfait à la condition d'impecuniosité lorsqu'il a présenté des années d'états financiers révélant que ses passifs excédaient ses actifs, qu'il était lourdement endetté à long terme, et qu'il ne disposait d'aucune source de revenus sans restrictions susceptibles d'être utilisés pour le litige (par. 41-47). Dans *Bande indienne d'Hagwilget*, le litige opposant la bande demanderesse au Canada avait perduré pendant 20 ans, laissant la bande « presque sans ressources » (par. 12). Il était évident pour le tribunal que la bande ne pouvait pas aller de l'avant avec le litige sans provision pour frais, car son financement était étroitement contrôlé par le gouvernement, elle n'avait pas réussi à obtenir d'autres sources de financement, elle devait à ses avocats plus de 140 000 dollars, accumulait les déficits, ne



that securing funding from individual members was impractical, virtually all funding came from the federal and provincial governments and was earmarked for specific priorities, the band ran deficits in successive years, the majority of its members were unemployed, lacked adequate housing and an adequate water supply, and other sources of funding had been explored but were inadequate to fund the litigation. On this basis, the band was found to be impecunious (para. 108).

[49] Where a First Nation government applicant has extensive assets and ongoing revenue, however, more detailed evidence of its financial resources is required to demonstrate impecuniosity. This may include an account of its assets, liabilities, income and expenses, information about restrictions on revenue, number of employees and salaries, and evidence of its ability and efforts to obtain funding from alternative sources. And where a responding party challenges an applicant's contention that certain financial resources are unavailable because they have been or are being spent to address pressing needs, the applicant may be required to justify the challenged expenditures.

[50] In all cases, because advance costs are a measure of last resort, an applicant must demonstrate that it made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources. Depending on the circumstances, if an applicant requires ministerial permission to access certain funds, it should demonstrate that it sought this permission (and been declined), or justify its choice to refrain from doing so (*Little Sisters*, at para. 68). Similarly, a court should generally consider whether the applicant attempted to obtain private funding through fundraising campaigns or tried to obtain a loan (paras. 40 and 70). What is required in each case will vary depending on the evidence of what funding is realistically available. For example, in *Caron*, this Court deferred to the application judge's finding that

disposait d'aucun crédit, et a dû fermer les bureaux de son conseil de bande durant plus de 3 semaines à cause d'un manque de fonds (par. 12-14). Dans *Keewatin*, le dossier indiquait qu'il était irréaliste d'obtenir du financement de la part de membres, que pratiquement tous les fonds provenaient des gouvernements fédéral et provincial et étaient réservés à des priorités précises, que la bande a enregistré des déficits au cours d'années successives, et que la plupart de ses membres n'avaient pas d'emploi, de logement adéquat, ni d'approvisionnement en eau satisfaisant. De plus, d'autres sources de financement avaient été étudiées, mais elles étaient insuffisantes pour financer le litige. Il a été conclu pour ces raisons que la bande était impécunieuse (par. 108).

[49] Lorsque, en revanche, le gouvernement d'une Première Nation qui sollicite une provision pour frais possède d'importants actifs et des revenus constants, il doit produire une preuve plus détaillée de ses ressources financières pour démontrer l'impécuniosité. Il peut s'agir notamment d'un bilan de ses actifs, passifs, revenus et dépenses, de renseignements sur les restrictions au revenu, du nombre d'employés et de leur salaire, ainsi que la preuve de sa capacité d'obtenir du financement d'autres sources et des efforts déployés à cette fin. Si l'intimé conteste la prétention du gouvernement demandeur suivant laquelle certaines ressources financières ne sont pas disponibles parce qu'elles ont été ou sont utilisées pour répondre à des besoins pressants, le demandeur peut être tenu de justifier les dépenses contestées.

[50] Dans tous les cas, puisque les provisions pour frais constituent une mesure de dernier recours, le demandeur doit démontrer qu'il a déployé suffisamment d'efforts pour obtenir du financement d'autres sources. Selon les circonstances, si le demandeur a besoin d'une permission ministérielle pour avoir accès à certains fonds, il devrait démontrer avoir sollicité cette permission (et avoir essuyé un refus), ou justifier son choix de s'en abstenir (*Little Sisters*, par. 68). De même, le tribunal devrait, en règle générale, se demander si le demandeur a tenté d'obtenir du financement privé au moyen de collectes de fonds ou essayé d'obtenir un prêt (par. 40 et 70). Ce qu'il faut faire dans chaque cas variera selon la preuve du financement qui est disponible de façon réaliste. Par

it was not “realistically possible” for the applicant to launch a formal fundraising campaign as the litigation unfolded, given the trial schedule and its demands (para. 41, quoting *R. v. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377, at para. 30).

(d) *Comparing Estimated Litigation Costs and the Applicant’s Surplus Resources*

[51] *Little Sisters* instructs that “cost estimates [for the litigation] form an integral part of the evidence; the court should subject them to scrutiny, and then use them to consider whether the litigant is impecunious” (para. 69). Consistent with this direction, an applicant must submit an up-to-date litigation plan so that a court can know, at least approximately, the cost of pursuing the litigation.

[52] Ultimately, after assessing the financial resources available to a First Nation government applicant, the extent to which it must commit those resources to pressing needs in priority to the litigation and the estimated cost of the litigation, a determination can be made regarding whether the applicant has surplus resources with which it may finance the litigation in whole or in part.

C. *Application of the Framework to This Appeal*

[53] Disturbing the case management judge’s discretionary decision to award advance costs cannot be undertaken lightly (*Little Sisters*, at para. 49). At the same time, in making an exceptional award of advance costs, “trial judges must . . . be careful to stay within recognized boundaries” (para. 49). Even discretionary decisions are not completely insulated from review, and appellate intervention is warranted where a trial judge has misdirected himself or herself as to the applicable law, including the identification of the requisite legal criteria, their definition and their application (*Okanagan*, at paras. 36 and 43).

exemple, dans *Caron*, notre Cour s’en est remise à la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’était pas « vraiment possible » pour le demandeur de lancer une collecte de fonds officielle à mesure que se déroulait l’instance, vu l’échéancier et les exigences du procès (par. 41, citant *R. c. Caron*, 2007 ABQB 632, 424 A.R. 377, par. 30).

d) *Comparer les coûts estimatifs associés au litige et les ressources excédentaires du demandeur*

[51] L’arrêt *Little Sisters* nous enseigne que les « estimations de coûts [pour le litige] font partie intégrante de la preuve; le tribunal devrait les examiner attentivement et s’en servir pour déterminer si le plaideur manque de ressources » (par. 69). Conformément à cette directive, le demandeur doit soumettre un plan de financement du litige à jour pour que le tribunal puisse au moins avoir une idée de ce qu’il en coûtera pour poursuivre l’instance.

[52] En dernière analyse, après évaluation des ressources financières à la disposition du gouvernement d’une Première Nation qui sollicite une provision pour frais, de la mesure dans laquelle ce dernier doit affecter ces ressources à des besoins pressants qui ont priorité sur le litige, et du coût estimé de celui-ci, on peut décider si le gouvernement demandeur a des ressources excédentaires grâce auxquelles il peut financer le litige en tout ou en partie.

C. *Application du cadre au présent pourvoi*

[53] La décision discrétionnaire de la juge chargée de la gestion de l’instance d’accorder une provision pour frais ne peut être modifiée à la légère (*Little Sisters*, par. 49). Par contre, au moment d’accorder exceptionnellement une provision pour frais, « le juge de première instance doit prendre soin de respecter les limites reconnues » (par. 49). Même les décisions discrétionnaires ne sont pas à l’abri de tout contrôle, et l’intervention de la cour d’appel est justifiée si le juge de première instance s’est mépris quant au droit applicable, y compris la détermination des critères juridiques à appliquer, leur définition et leur application (*Okanagan*, par. 36 et 43).

[54] Here, the case management judge, acting without the benefit of these reasons, made general observations about Beaver Lake’s financial resources and pressing needs to find that it was an impoverished community. On the record before her, that finding is unassailable. But with great respect, it is, without more, insufficient. She did not make the particular findings necessary in these circumstances to decide impecuniosity or to determine the amount of advance costs required to enable Beaver Lake to pursue the litigation. Indeed, the record before her was itself insufficient to support such findings. For these reasons, and because Beaver Lake’s financial circumstances have changed since its initial application (indeed, the fresh evidence before the Court of Appeal demonstrates that those circumstances are dynamic), this matter must be remitted for a new hearing so that impecuniosity can be decided in accordance with these reasons.

(1) Beaver Lake’s Pressing Needs

[55] As we have already recounted, the case management judge found that Beaver Lake has “substantial deficits in housing and infrastructure and . . . high levels of unemployment and social assistance” (para. 30). These findings, too, were fully available on the record before her. Beaver Lake adduced and was cross-examined on extensive affidavit evidence regarding the community’s living conditions that spoke of food insecurity and lack of access to lands, social assistance, unemployment, inadequate housing, inadequate infrastructure, insufficient resources for health and education programs, poor water quality and access, health needs, and overall poverty. Further, the record showed that ameliorating these conditions had been identified as significant priorities by the band.

[56] In light of this evidence, we agree that the case management judge appropriately identified Beaver Lake’s pressing needs. Such matters fall within the

[54] En l’espèce, la juge chargée de la gestion de l’instance, agissant sans le bénéfice des présents motifs, a fait des observations générales à propos des ressources financières et des besoins pressants de Beaver Lake pour conclure qu’elle était une communauté démunie. Au vu du dossier dont la juge était saisie, cette conclusion est inattaquable. Mais en toute déférence, elle est, faute d’éléments supplémentaires, insuffisante. La juge n’a pas tiré les conclusions précises nécessaires dans les circonstances pour statuer sur l’impecuniosité ou pour établir le montant de la provision pour frais requis pour permettre à Beaver Lake de poursuivre l’instance. En effet, le dossier dont elle disposait était insuffisant en soi pour étayer de telles conclusions. Pour ces motifs, et parce que la situation financière de Beaver Lake a changé depuis sa demande initiale (en fait, la preuve nouvelle présentée devant la Cour d’appel démontre que cette situation évolue), il faut renvoyer cette question pour nouvelle audition afin que l’on puisse décider de l’impecuniosité conformément aux présents motifs.

(1) Besoins pressants de Beaver Lake

[55] Comme nous l’avons déjà relaté, la juge chargée de la gestion de l’instance a conclu que Beaver Lake accuse des [TRADUCTION] « déficits importants au chapitre du logement et des infrastructures et [. . .] connaît des taux de chômage et d’assistance sociale élevés » (par. 30). Il était, en outre, tout à fait possible de tirer ces conclusions au vu du dossier dont elle disposait. Beaver Lake a produit une preuve par affidavit considérable — preuve sur laquelle elle a été contre-interrogée — au sujet des conditions de vie dans la communauté et de l’insécurité alimentaire qui y règne, du manque d’accès à des terres, de l’assistance sociale, du chômage, de l’inadéquation des logements et des infrastructures, des ressources insuffisantes consacrées aux programmes de santé et d’éducation, de l’accès limité à l’eau et de sa mauvaise qualité, des besoins en matière de santé, ainsi que de la pauvreté en général. De plus, le dossier révèle que l’amélioration de ces conditions avait été considérée comme une priorité par la bande.

[56] Eu égard à la preuve susmentionnée, nous estimons que la juge chargée de la gestion de l’instance a convenablement cerné les besoins pressants

basic necessities of life which, as such, clearly rise to the level of pressing needs within the circumstances of this applicant. In particular, allocating resources to improve deficits in housing, infrastructure, and basic social programming would, from the perspective of this First Nation government, constitute the addressing of pressing needs. We therefore disagree with the Court of Appeal inasmuch as it suggests that expenditures thereon represent “spending on desirable improvements” rather than spending on pressing needs (para. 28).

(2) The Extent of Beaver Lake’s Unfunded Pressing Needs

[57] The case management judge did not make findings regarding the estimated costs of Beaver Lake’s pressing needs, or the extent to which those costs are not covered by the financial resources available to Beaver Lake. Nor were the necessary specific findings made to show how those resources were being applied to meet those needs.

[58] Indeed, the case management judge could not have made those findings on the record before her. A constant refrain in the evidence and submissions was that Beaver Lake could not meet its pressing needs because it lacked sufficient funds. Yet, there was no specific account of how much it would cost to address Beaver Lake’s pressing needs, or why no other resources were available to meet those needs. The case management judge should have been told, for example, why federal funding allocated to Beaver Lake’s pressing needs falls short of adequately addressing them.

[59] The evidence concerning Beaver Lake’s financial resources did not fully answer whether those resources were required to address its pressing needs, and whether any funds would remain that could potentially pay for the litigation. For example, evidence of financial statements, while helpful, were insufficient

de Beaver Lake. Ces matières relèvent des besoins essentiels, qui sont de ce fait clairement assimilables à des besoins pressants dans la situation de la demanderesse en l’espèce. En particulier, affecter des ressources pour combler les déficits au chapitre du logement et des infrastructures et améliorer les programmes sociaux de base, c’est répondre à des besoins pressants du point de vue du gouvernement de cette Première Nation. Nous sommes donc en désaccord avec la Cour d’appel dans la mesure où elle laisse entendre que les dépenses en question représentent [TRADUCTION] « des dépenses visant des améliorations souhaitables » plutôt que des dépenses consacrées à des besoins pressants (par. 28).

(2) L’étendue des besoins pressants non capitalisés de Beaver Lake

[57] La juge chargée de la gestion de l’instance n’a pas tiré de conclusions sur les coûts estimatifs des besoins pressants de Beaver Lake, ni sur la mesure dans laquelle ces coûts ne sont pas couverts par les ressources financières à la disposition de Beaver Lake. Elle n’est pas non plus arrivée aux conclusions précises nécessaires pour démontrer en quoi les ressources en question étaient affectées pour répondre à ces besoins.

[58] D’ailleurs, la juge chargée de la gestion de l’instance n’aurait pas pu tirer ces conclusions sur la base du dossier dont elle disposait. Il ressort constamment de la preuve et des observations que Beaver Lake n’était pas en mesure de répondre à ses besoins pressants parce qu’elle manquait de fonds. Pourtant, on n’a pas indiqué avec précision combien il en coûterait pour répondre aux besoins pressants de Beaver Lake, ou pourquoi il n’y avait pas d’autres ressources disponibles à cette fin. On aurait dû dire à la juge chargée de la gestion de l’instance, par exemple, pourquoi le financement fédéral destiné aux besoins pressants de Beaver Lake ne permet pas de répondre adéquatement à ceux-ci.

[59] La preuve concernant les ressources financières de Beaver Lake n’a pas répondu de manière exhaustive aux questions de savoir si ces ressources étaient requises pour combler ses besoins pressants, et s’il resterait des fonds susceptibles d’être utilisés pour payer les frais occasionnés par le litige. Par exemple,

since they do not identify Beaver Lake's current or future needs, or the extent to which funding has or has not been allocated to meeting them (A.R., vol. XII, at pp. 180-83).

[60] Beaver Lake's band administrator, John Geoffrey Rankin, deposed that, in discharging his responsibility to develop business strategies that align with the community's short- and long-term objectives, he meets weekly with band departmental managers to review progress on priorities, develop and assess departmental budgets, and assist with additional funding requests (A.R., vol. II, at pp. 12-13). However, the content and outcome of those meetings were not before case management judge. Placing this evidence before the court could help it understand not only the community's pressing needs (although, as we have discussed, they were adequately demonstrated in this case), but also how existing and future resources are to be allocated to meet those needs, whether those resources will be sufficient, and whether there are pressing needs that will nonetheless go unmet.

[61] It follows that the court will require evidence that quantifies the financial resources required to meet the First Nation government's pressing needs. Here, for example, it was unclear just how much it would cost to provide adequate housing. Mr. Rankin's affidavit indicated that 50 members are on the waitlist for housing, 20 houses are in need of immediate major repairs, and 8 houses need to be replaced due to health and safety concerns (A.R., vol. II, at pp. 24-25). But it would be difficult for a court to know what resources must be allocated to these needs without estimates of how much that work would cost, coupled with an explanation of why other sources of funds could not cover these costs. While some of these costs may be unpredictable, more information should be provided where possible; if further information is not available at the time of application, Beaver Lake should explain why it is not. Similarly, Beaver Lake's evidence was that repairs were needed for its sewer system and treatment lagoon, but whether its resources, present or future, could be allocated to that expense was not

les états financiers soumis en preuve, quoiqu'utilites, se sont avérés insuffisants, car ils n'indiquaient pas les besoins actuels ou futurs de Beaver Lake, ni la mesure dans laquelle des fonds ont été affectés ou non pour y répondre (d.a., vol. XII, p. 180-183).

[60] L'administrateur de la bande de Beaver Lake, John Geoffrey Rankin, a témoigné qu'en s'acquittant de sa responsabilité d'élaborer des stratégies d'affaires qui s'accordent avec les objectifs à court et à long termes de la communauté, il rencontre chaque semaine les gestionnaires des services de la bande pour examiner les progrès réalisés sur les priorités, établir et évaluer les budgets des services, et prêter son concours à des demandes supplémentaires de financement (d.a., vol. II, p. 12-13). La teneur et l'issue de ces réunions n'ont toutefois pas été présentées à la juge chargée de la gestion de l'instance. Mettre cette preuve à la disposition du tribunal l'aiderait à comprendre non seulement les besoins pressants de la communauté (bien que, comme nous l'avons vu, ils aient été adéquatement démontrés en l'espèce), mais aussi la façon dont il faut affecter les ressources existantes et futures pour répondre à ces besoins, si ces ressources s'avèreront suffisantes, et s'il y a des besoins pressants qui ne seront malgré tout pas comblés.

[61] Il s'ensuit que le tribunal aura besoin d'une preuve quantifiant les ressources financières requises pour répondre aux besoins pressants du gouvernement de la Première Nation. En l'espèce, par exemple, on ne savait pas précisément combien il en coûterait pour fournir des logements adéquats. D'après l'affidavit de M. Rankin, 50 membres figurent sur la liste d'attente pour obtenir un logement, 20 maisons nécessitent des réparations majeures sur-le-champ, et 8 maisons doivent être remplacées pour des raisons de santé et de sécurité (d.a., vol. II, p. 24-25). Il serait toutefois difficile pour le tribunal de savoir quelles ressources doivent être affectées à ces besoins en l'absence d'estimation du coût des travaux en question, conjuguée à une explication des raisons pour lesquelles d'autres sources de fonds ne permettaient pas de payer ces frais. Bien que certains de ces frais soient imprévisibles, il faudrait fournir de plus amples renseignements dans la mesure du possible; s'il n'est pas possible d'obtenir un complément d'information au moment de la demande, Beaver Lake devrait expliquer pourquoi

explained. We were told at the hearing that Canada has agreed “to provide the funds and that [it] is costing up to \$8 million” (transcript, at p. 26; see also p. 90). However, a court would need to know whether the funding is conditional, whether those conditions are practically achievable, whether this government funding is sufficient and, if not, whether Beaver Lake proposes to allocate resources to address this need.

### (3) Beaver Lake’s Financial Resources

[62] The case management judge considered Beaver Lake’s resources to arrive at the conclusion that it had more than \$3 million in unrestricted assets potentially available for the litigation. She was entitled to make this finding based on the evidence provided by Beaver Lake, which consisted of financial statements, affidavits from band council and community members, government reports and correspondence, and expert evidence concerning Beaver Lake’s assets and sources of revenue.

[63] Additional evidence regarding Beaver Lake’s assets and income, including any restrictions on those resources, and its liabilities and expenses could help the court more accurately determine what resources Beaver Lake could access. It would also be helpful if Beaver Lake were to provide a more detailed account of its efforts to obtain funding from alternate sources. The following examples illustrate how the analysis of Beaver Lake’s financial resources would have benefitted from further elaboration.

[64] First, Beaver Lake created the Heritage Trust as a vehicle to manage income received from projects carried out on its traditional lands, which Beaver Lake allocates towards community development programs and services according to the terms of the Trust Agreement. Under the Trust’s terms, Beaver Lake can draw up to 10 percent once every four years for

on ne peut pas l’obtenir. De même, la preuve de Beaver Lake révélait que son réseau d’égout et son étang d’épuration avaient besoin de réparations, mais on n’a pas expliqué si ses ressources, actuelles ou futures, pourraient être affectées à cette dépense. Nous avons été informés à l’audience que le Canada avait consenti [TRADUCTION] « à fournir les fonds et qu’ils s’élèvent à 8 millions de dollars » (transcription, p. 26; voir aussi p. 90). Cependant, le tribunal aurait besoin de savoir si le financement est conditionnel, si ces conditions sont concrètement réalisables, si ce financement gouvernemental est suffisant et, dans la négative, si Beaver Lake propose d’affecter des ressources pour répondre à ce besoin.

### (3) Ressources financières de Beaver Lake

[62] La juge chargée de la gestion de l’instance a pris en considération les ressources de Beaver Lake pour arriver à la conclusion qu’elle avait plus de 3 millions de dollars en actifs sans restrictions qui pouvaient servir au litige. Il lui était loisible de tirer cette conclusion compte tenu de la preuve fournie par Beaver Lake, laquelle se composait d’états financiers, d’affidavits du conseil de bande et de membres de la communauté, de rapports et de communications du gouvernement, ainsi que d’une preuve d’expert concernant les actifs et les sources de revenus de Beaver Lake.

[63] Des éléments de preuve supplémentaires concernant les actifs et revenus de Beaver Lake, y compris toute restriction à ces ressources, de même que ses passifs et dépenses pourraient aider le tribunal à déterminer avec plus d’exactitude quelles ressources auxquelles Beaver Lake peut accéder. Il serait également utile que Beaver Lake donne un compte rendu plus détaillé des efforts qu’elle a faits pour obtenir du financement d’autres sources. Les exemples qui suivent montrent comment l’analyse des ressources financières de Beaver Lake aurait bénéficié de précisions.

[64] Premièrement, Beaver Lake a créé une fiducie patrimoniale afin de gérer les revenus provenant de travaux exécutés sur ses terres traditionnelles, revenus qu’elle affecte à des programmes et services de développement communautaire selon la convention de fiducie. Aux termes de la fiducie, Beaver Lake peut tirer jusqu’à 10 p. 100 de ces revenus une fois tous les

these community activities, some of which at least, on their face, may correspond to some of Beaver Lake's pressing needs. Beaver Lake explained that the purpose of the restriction on withdrawals from the Trust is to enable it to build capital to start to address its deep deficits; however, more clarity regarding the purposes of the funding and how it is allocated would be helpful. It is unclear on the current record why the Trust funds are insufficient to meet at least some of Beaver Lake's pressing needs.

[65] Secondly, Beaver Lake has access, under certain conditions, to the Indian Oil and Gas Canada Trust, which consists of funds derived from ongoing revenue from oil and gas extraction on the Beaver Lake Reserve. There are no restrictions on the purposes for which the funds could be used, although accessing funds from the Trust requires ministerial approval. While we note Beaver Lake's explanation that the Trust is an "emergency fund" used for immediate needs such as urgent infrastructure repairs (A.F., at para. 36), knowing more about the binding quality of those restrictions or of Beaver Lake's past use of these funds for emergency purposes, and whether Beaver Lake sought approval to finance the litigation (or if not, why not) would assist the court.

[66] Finally, while Beaver Lake received approval to become a borrowing member of the First Nations Finance Authority (R.R., Alberta, vol. I, at pp. 141 and 143; case management judge's reasons, at para. 58), the evidence does not show that it has sought to obtain a loan to pursue litigation. It would assist the court to know why this is so or, alternatively, if indeed it has applied for a loan, the Authority's response.

[67] In short, the case management judge required a more particularized and comprehensive record in order to consider whether Beaver Lake had made sufficient efforts to obtain funding from alternate sources, and whether other sources of funds are available to be used for the litigation. This is no

quatre ans pour ces activités communautaires, dont au moins quelques-unes peuvent correspondre, du moins à première vue, à certains de ses besoins pressants. Beaver Lake a expliqué que la restriction sur les retraits de la fiducie a pour objet de lui permettre d'accumuler du capital afin de commencer à combler ses grands déficits; il serait cependant utile d'éclaircir les objectifs des fonds et la manière dont ils sont affectés. Le dossier actuel n'indique pas clairement pourquoi les fonds détenus en fiducie sont insuffisants pour répondre à au moins certains des besoins pressants de Beaver Lake.

[65] Deuxièmement, Beaver Lake peut se prévaloir, à certaines conditions, de la fiducie de Pétrole et gaz des Indiens du Canada, laquelle se compose de fonds provenant des revenus tirés en permanence de l'extraction du pétrole et du gaz sur la réserve de Beaver Lake. Les utilisations possibles des fonds ne sont frappées d'aucune restriction, bien qu'il faille obtenir une approbation ministérielle pour toucher les fonds de la fiducie. Nous prenons note de l'explication de Beaver Lake selon laquelle la fiducie constitue un [TRADUCTION] « fonds d'urgence » utilisé pour répondre aux besoins immédiats tels que les réparations d'urgence aux infrastructures (m.a., par. 36), mais il serait utile pour le tribunal d'en apprendre davantage sur le caractère contraignant de ces restrictions ou sur l'usage qu'a fait Beaver Lake de ces fonds dans le passé en cas d'urgence, et de savoir si Beaver Lake a sollicité l'approbation de financer le litige (ou, dans la négative, pourquoi elle ne l'a pas fait).

[66] Enfin, bien que Beaver Lake ait reçu l'autorisation de devenir un membre emprunteur de l'Administration financière des premières nations (d.i., Alberta, vol. I, p. 141 et 143; motifs de la juge chargée de la gestion de l'instance, par. 58), la preuve ne démontre pas qu'elle a cherché à obtenir un prêt pour faire avancer l'instance. Il serait utile pour le tribunal de savoir pourquoi il en est ainsi ou, subsidiairement, si Beaver Lake a effectivement demandé un prêt et quelle fut la réponse de l'Administration.

[67] Bref, la juge chargée de la gestion de l'instance avait besoin d'un dossier plus détaillé et complet afin de déterminer si Beaver Lake avait fait des efforts suffisants pour obtenir du financement d'autres sources, et si d'autres sources de fonds peuvent servir au litige. Il ne s'agit pas d'un petit détail : le tribunal doit être

small consideration: a court must be satisfied that an applicant has explained with sufficient detail whether its financial resources can be used to finance the litigation, and if not, why not.

(4) Comparing Beaver Lake’s Estimated Litigation Costs and Surplus Resources

[68] Consistent with this Court’s direction in *Little Sisters*, the case management judge reviewed Beaver Lake’s litigation plan and determined the quantum of funds required to pursue the litigation. She accepted Beaver Lake’s estimate of \$5 million for the litigation. As part of this exercise, the case management judge was required to determine whether Beaver Lake had any surplus resources to finance the litigation in whole or in part and to assess the funds necessary to advance the litigation. As the matter is being remitted for a new hearing, and given the amount of time that has elapsed from the initial application, and further given that Beaver Lake’s litigation plan was dated 2014 and marked “without prejudice”, Beaver Lake should submit a current litigation plan to assist the court with this determination. This information, combined with a more detailed record that addresses the questions raised above, would help the court understand the extent to which Beaver Lake must commit its present and future resources to pressing needs instead of the litigation, quantify the estimated cost of the litigation, and determine whether Beaver Lake has any surplus resources to finance the litigation in whole or in part.

(5) The Fresh Evidence

[69] In our view, the evidence of the amount received by Beaver Lake from the resolved specific claim (\$2.97 million) is not conclusive; indeed, it raises more questions. Nor does it speak to Beaver Lake’s current financial resources or pressing needs. Chief Anderson deposes that the settlement funds will be applied to various priorities, including another lawsuit, infrastructure and housing, upgrading Beaver Lake’s water treatment system, gas lines installation,

convaincu qu’un demandeur a expliqué de manière suffisamment détaillée si ses ressources financières peuvent être utilisées pour financer le litige et, dans la négative, pourquoi elles ne peuvent l’être.

(4) Comparer les frais estimatifs qu’occasionne le litige à Beaver Lake et ses ressources excédentaires

[68] Conformément à la directive donnée par notre Cour dans *Little Sisters*, la juge chargée de la gestion de l’instance a passé en revue le plan d’avancement de l’instance de Beaver Lake et établi le montant des fonds nécessaires à cette fin. Elle a accepté l’estimation de Beaver Lake voulant que les frais occasionnés par le litige s’élèvent à 5 millions de dollars. En se prêtant à cet exercice, la juge chargée de la gestion de l’instance devait décider si Beaver Lake avait quelques ressources excédentaires pouvant servir à financer le litige en tout ou en partie, et évaluer les fonds nécessaires pour faire avancer le litige. Comme l’affaire est renvoyée pour nouvelle audition, et compte tenu du temps écoulé depuis la demande initiale et du fait que le plan d’avancement de l’instance de Beaver Lake remontait à 2014 et portait la mention [TRADUCTION] « sous toutes réserves », Beaver Lake devrait soumettre un plan d’avancement de l’instance à jour pour aider le tribunal à faire cette détermination. Ces renseignements, combinés à un dossier plus détaillé qui répond aux questions soulevées précédemment, aideraient le tribunal à saisir la mesure dans laquelle Beaver Lake doit consacrer ses ressources actuelles et futures à des besoins pressants au lieu du litige, quantifier le coût estimatif du litige, et déterminer si Beaver Lake dispose de ressources excédentaires pour financer le litige en tout ou en partie.

(5) Les nouveaux éléments de preuve

[69] À notre avis, la preuve de la somme reçue par Beaver Lake au titre de la revendication particulière réglée (2,97 millions de dollars) n’est pas concluante; en fait, elle soulève davantage de questions. Elle ne révèle rien non plus des ressources financières actuelles ou des besoins pressants de Beaver Lake. La cheffe Anderson témoigne que les fonds du règlement seront consacrés à différentes priorités, notamment une autre poursuite en justice, les infrastructures et le



electricity and sewage, and COVID-19 support payments (A.R., vol. VIII, at pp. 85-86). However, it is unclear whether the funding for “sewage” overlaps with the sewage lagoon and, if so, whether Canada has already covered the cost of meeting that pressing need. Further yet, the amounts to be paid in COVID-19 supports is unspecified, as are the sources from which those payments are to be made. Finally, while Chief Anderson identifies those needs, and while those needs may well qualify as pressing, it is unclear how much those needs cost and what other sources may be applied to cover them.

[70] In any event, the fact of the specific claim settlement should, in our view, have led the Court of Appeal to return the matter to the Court of Queen’s Bench for consideration. Indeed, the case management judge’s order contemplated precisely that procedure, directing that “if Beaver Lake receives compensation from its outstanding claims or otherwise receives a windfall, then this order shall be revisited” (para. 67).

(6) The Terms of the Advance Costs Order

[71] In the absence of a sufficient record on which the case management judge could make findings regarding the cost of meeting Beaver Lake’s pressing needs, the resources available to fund those needs, and any resources left over for the litigation, it is unclear how the case management judge arrived at the amount of \$300,000 to be paid by each party. Nor is it clear whether this amount was to be paid proportionally or in priority order as expenses were incurred (i.e., Beaver Lake, then Alberta, then Canada). Further, the terms of the order did not provide the “definite structure” which this Court in *Little Sisters* stated was necessary to provide oversight and direction to the award’s administration, or a global cap or limits on legal fees (paras. 42-43).

logement, la modernisation du système d’épuration de l’eau, l’installation de conduites de gaz, l’électricité, les égouts et les paiements de soutien liés à la COVID-19 (d.a., vol. VIII, p. 85-86). Toutefois, on ignore si le financement pour les « égouts » chevauche celui consacré à l’étang d’épuration et, le cas échéant, si le Canada a déjà assumé ce qu’il en coûte pour répondre à ce besoin pressant. Qui plus est, les sommes dues au titre du soutien relatif à la COVID-19 ne sont pas précisées, tout comme les sources d’où doivent provenir ces paiements. Enfin, bien que la cheffe Anderson cerne ces besoins, et même si ceux-ci peuvent fort bien être pressants, on ne connaît pas leur coût, en plus de ne pas savoir quelles autres sources peuvent servir à les combler.

[70] Quoi qu’il en soit, le règlement de la revendication particulière aurait dû, selon nous, amener la Cour d’appel à renvoyer l’affaire à la Cour du Banc de la Reine pour examen. En effet, l’ordonnance de la juge chargée de la gestion de l’instance envisageait justement cette procédure, prévoyant que [TRADUCTION] « si Beaver Lake reçoit une indemnité au titre de ses revendications en suspens ou touche autrement un gain, la présente ordonnance sera alors revue » (par. 67).

(6) Les modalités de l’ordonnance de provision pour frais

[71] Faute d’un dossier suffisant au vu duquel la juge chargée de la gestion de l’instance aurait pu tirer des conclusions sur ce qu’il en coûte pour répondre aux besoins pressants de Beaver Lake, les ressources disponibles pour financer ces besoins et toute ressource qui reste pour le litige, on ignore comment la juge est arrivée au montant de 300 000 dollars payable par chaque partie. On ne sait pas non plus si cette somme doit être payée de façon proportionnelle ou dans l’ordre de priorité où les dépenses ont été engagées (soit Beaver Lake, ensuite l’Alberta, puis le Canada). De plus, les modalités de l’ordonnance n’ont pas établi la « structure précise » qui, selon notre Cour dans *Little Sisters*, s’imposait pour assurer une surveillance et une direction sur l’administration de la provision pour frais, ou le plafonnement ou la limitation des frais juridiques (par. 42-43).

#### IV. Disposition

[72] We would allow the appeal and remit the application to the Court of Queen’s Bench of Alberta. We are mindful of the time and resources expended by the parties in the nearly 14 years since this litigation began. This is, however, a case of first impression. Moreover, the matter now requires reconsideration, both in accordance with these reasons and in light of the passage of time since the original hearing.

[73] We would also award solicitor-client costs to Beaver Lake in this Court and in the courts below. Solicitor-client costs, being a form of special costs (*S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, at paras. 67-71), are awardable where the case involves matters of public interest that are truly exceptional, where the applicant shows it has no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, and where it would not have been possible for the litigation to be pursued with private funding (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 140). The case management judge in the present case found that Beaver Lake’s underlying litigation satisfied the public importance branch of the advance costs test. Additionally, in our view, the question of advance costs for a First Nation government claimant possessing resources of its own represents a truly exceptional matter of public interest. As we have explained, this is not only a case of first impression, but one that goes to the heart of the separation of powers.

[74] While Beaver Lake has some personal, proprietary or pecuniary interest in the underlying litigation, it did not initiate proceedings on primarily private or economic grounds. The case management judge found, at para. 26, that a contingency fee arrangement was not practical in this case, in part, because Beaver Lake’s “primary claim . . . is for a declaration and the claim for monetary relief is secondary”. Finally, in the specific context of an interlocutory application for advance costs, while we cannot say that Beaver

#### IV. Dispositif

[72] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer la demande à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. Nous sommes conscients du temps et des ressources qu’ont consacrés les parties durant près de 14 ans depuis le début de ce litige. Il s’agit toutefois d’un cas de première impression. De plus, la question doit être réexaminée, tant en conformité avec les présents motifs qu’eu égard au temps écoulé depuis l’audience initiale.

[73] Nous sommes en outre d’avis d’accorder les dépens sur la base avocat-client à Beaver Lake devant notre Cour et les juridictions inférieures. Les dépens avocat-client étant une forme de dépens spéciaux (*S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, par. 67-71), ils peuvent être accordés lorsque l’affaire porte sur des questions d’intérêt public véritablement exceptionnelles, que le demandeur démontre n’avoir aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire dans le litige qui justifierait la tenue de l’instance pour des motifs économiques, et s’il n’aurait pas été possible de poursuivre l’instance avec une aide financière privée (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 140). La juge chargée de la gestion de l’instance en l’espèce a conclu que la poursuite sous-jacente de Beaver Lake répondait au volet « importance pour le public » du critère d’octroi d’une provision pour frais. En outre, d’après nous, le fait d’accorder une provision pour frais au gouvernement d’une Première Nation possédant ses propres ressources constitue une question d’intérêt public véritablement exceptionnelle. Comme nous l’avons expliqué, il s’agit non seulement d’un cas de première impression, mais aussi d’un cas qui touche au cœur même de la séparation des pouvoirs.

[74] Bien que Beaver Lake ait un certain intérêt personnel, propriété ou pécuniaire dans la poursuite sous-jacente, elle n’a pas introduit l’instance pour des motifs principalement privés ou économiques. La juge chargée de la gestion de l’instance a conclu au par. 26 qu’une entente d’honoraires conditionnels était peu pratique en l’espèce, notamment parce que Beaver Lake [TRADUCTION] « sollicite avant tout [. . .] un jugement déclaratoire et que la demande de redressement pécuniaire est secondaire ». Enfin,

Lake has shown that it would not have been possible to pursue this matter with private funding, *the entire point* of this appeal was to explain *what it must show* in order to meet that threshold. These are unique circumstances.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Alberta Prison Justice Society: Nanda & Company, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Olthuis Kleer Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Fox Fraser, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: First Peoples Law, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Ecojustice Canada Society: Ecojustice Canada Society, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Anishinabek Nation: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

dans le contexte précis d'une demande interlocutoire de provision pour frais, même si nous ne pouvons affirmer que Beaver Lake a démontré qu'il n'aurait pas été possible de faire avancer l'instance avec une aide financière privée, *tout le but* du présent pourvoi était d'expliquer *ce qu'elle doit démontrer* en vue d'atteindre ce seuil. Il s'agit de circonstances uniques.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante : JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province d'Alberta : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante Alberta Prison Justice Society : Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Chiefs of Ontario : Olthuis Kleer Townshend, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société des plaignants : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Fox Fraser, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau autochtone au Canada : Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenante Treaty 8 First Nations of Alberta : First Peoples Law, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Ecojustice Canada Society, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Anishinabek Nation : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*