

**Rio Tinto Alcan Inc. and British Columbia
Hydro and Power Authority** *Appellants*

v.

Carrier Sekani Tribal Council *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General
of British Columbia, Attorney General
of Alberta, British Columbia Utilities
Commission, Mikisew Cree First Nation,
Moosomin First Nation, Nunavut Tunngavik
Inc., Nlaka’pamux Nation Tribal Council,
Okanagan Nation Alliance, Upper Nicola
Indian Band, Lakes Division of the
Secwepemc Nation, Assembly of First Nations,
Standing Buffalo Dakota First Nation, First
Nations Summit, Duncan’s First Nation,
Horse Lake First Nation, Independent Power
Producers Association of British Columbia,
Enbridge Pipelines Inc. and TransCanada
Keystone Pipeline GP Ltd.** *Intervenors*

**INDEXED AS: RIO TINTO ALCAN INC. v. CARRIER
SEKANI TRIBAL COUNCIL**

2010 SCC 43

File No.: 33132.

2010: May 21; 2010: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Honour of the Crown — Ab-
original peoples — Aboriginal rights — Right to consul-
tation — British Columbia authorized project altering
timing and flow of water in area claimed by First Nations*

**Rio Tinto Alcan Inc. et British Columbia
Hydro and Power Authority** *Appelantes*

c.

Conseil tribal Carrier Sekani *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l’Ontario, procureur général
de la Colombie-Britannique, procureur
général de l’Alberta, British Columbia
Utilities Commission, Première nation crie
Mikisew, Première nation de Moosomin,
Nunavut Tunngavik Inc., Conseil tribal de
la nation Nlaka’pamux, Alliance des nations
de l’Okanagan, Bande indienne d’Upper
Nicola, Division des Grands lacs de la nation
Secwepemc, Assemblée des Premières
Nations, Première nation Standing Buffalo
Dakota, Sommet des Premières nations,
Première nation Duncan’s, Première nation
de Horse Lake, Independent Power Producers
Association of British Columbia, Enbridge
Pipelines Inc. et TransCanada Keystone
Pipeline GP Ltd.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RIO TINTO ALCAN INC. c. CONSEIL
TRIBAL CARRIER SEKANI**

2010 CSC 43

N° du greffe : 33132.

2010 : 21 mai; 2010 : 28 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et
Cromwell.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Honneur de la Couronne —
Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droit à la
consultation — La Colombie-Britannique a autorisé la
construction d’un ouvrage modifiant le débit d’un cours*

without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Duty to consult arises when Crown knows of potential Aboriginal claim or right and contemplates conduct that may adversely affect it — Whether Commission reasonably declined to consider adequacy of consultation in context of assessing whether agreement is in public interest — Whether duty to consult arose — What constitutes "adverse effect" — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Commission empowered to decide questions of law and to determine whether agreement is in public interest — Whether Commission had jurisdiction to discharge Crown's constitutional obligation to consult — Whether Commission had jurisdiction to consider adequacy of consultation — If so, whether it was required to consider adequacy of consultation in determining whether agreement is in public interest — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of a dam and reservoir which altered the amount and timing of water flows in the Nechako River. The First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River, but, pursuant to the practice at the time, they were not consulted about the dam project.

Since 1961, excess power generated by the dam has been sold by Alcan to BC Hydro under Energy Purchase Agreements ("EPAs") which commit Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity. The government of British Columbia sought the

d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — L'obligation de consulter naît lorsque la Couronne a connaissance de l'existence éventuelle d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet défavorable sur cette revendication ou ce droit — La Commission a-t-elle agi raisonnablement en refusant de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation alors qu'elle était appelée à déterminer si le contrat servait l'intérêt public? — L'obligation de consulter a-t-elle pris naissance? — Que faut-il entendre par « effet défavorable »? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — La Commission avait le pouvoir de trancher des questions de droit et de décider si un contrat était dans l'intérêt public — Avait-elle compétence pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter? — Avait-elle le pouvoir de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation? — Dans l'affirmative, lui incombait-il de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation pour décider si le contrat servait l'intérêt public? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un barrage et d'un réservoir qui ont modifié les débits d'eau dans la rivière Nechako. Les Premières nations prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako, mais comme ce n'était pas l'usage à l'époque, elles n'ont pas été consultées relativement au barrage projeté.

Depuis 1961, Alcan vend les surplus d'électricité du barrage à BC Hydro au moyen de contrats d'achat d'électricité (« CAÉ ») dans lesquels elle s'engage à vendre l'électricité excédentaire, et BC Hydro à l'acheter. Le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé

Commission's approval of the 2007 EPA. The First Nations asserted that the 2007 EPA should be subject to consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

The Commission accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, but found that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. The British Columbia Court of Appeal reversed the Commission's orders and remitted the case to the Commission for evidence and argument on whether a duty to consult the First Nations exists and, if so, whether it had been met. Alcan and BC Hydro appealed.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA should be confirmed.

The Commission did not act unreasonably in approving the 2007 EPA. Governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and is a corollary of the Crown's obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation. The duty has both a legal and a constitutional character, and is prospective, fastening on rights yet to be proven. The nature of the duty and the remedy for its breach vary with the situation.

The duty to consult arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. This test can be broken down into three elements. First, the Crown must have real or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or right. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. Second, there must be Crown conduct or a Crown decision. In accordance with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult, the required decision or conduct is not confined to government exercise of statutory powers or to decisions or conduct which have an immediate impact

à la Commission d'approuver le CAÉ de 2007. Les Premières nations ont fait valoir que ce dernier devait faire l'objet d'une consultation suivant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Commission a reconnu avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones, mais elle a conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n'allait pas avoir d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé ses ordonnances et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle entende preuve et arguments sur la question de savoir s'il existait ou non une obligation de consulter les Premières nations et, dans l'affirmative, si elle avait été respectée. Alcan et BC Hydro ont interjeté appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, et la décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 est confirmée.

La Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007. Un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. L'obligation de consulter s'origine de l'honneur de la Couronne et c'est un corollaire de celle d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque ce processus est en cours, la Couronne a l'obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d'accommodement dans un esprit de conciliation. L'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel. Elle est de nature prospective et prend appui sur des droits dont l'existence reste à prouver. La nature de l'obligation et le recours pour manquement à celle-ci varient en fonction de la situation.

L'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. Cette condition comporte trois éléments. Premièrement, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. Deuxièmement, il doit y avoir une mesure ou une décision de la Couronne. Conformément à l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de

on lands and resources. The duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights. Third, there must be a possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, speculative impacts, and adverse effects on a First Nation’s future negotiating position will not suffice. Moreover, the duty to consult is confined to the adverse impacts flowing from the current government conduct or decision, not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. Where the resource has long since been altered and the present government conduct or decision does not have any further impact on the resource, the issue is not consultation, but negotiation about compensation.

Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation, and the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on them. The legislature may choose to delegate the duty to consult to a tribunal, and it may empower the tribunal to determine whether adequate consultation has taken place.

The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct, often complex, constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. The tribunal seeking to engage in consultation must be expressly or impliedly empowered to do so and its enabling statute must give it the necessary remedial powers.

The duty to consult is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision’s potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts. These remedies have proven time-consuming and expensive, are often ineffective, and serve the interest of no one.

consulter, cette mesure ou cette décision ne s’entend pas uniquement de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi ni seulement d’une décision ou d’un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. L’obligation de consulter naît aussi d’une « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d’avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux. Troisièmement, il doit être possible que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif antérieur, une simple répercussion hypothétique et un effet préjudiciable sur la position de négociation ultérieure d’une Première nation ne suffisent pas. Aussi, l’obligation de consulter ne vise que les effets préjudiciables de la mesure ou de la décision actuelle du gouvernement, à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. Lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n’a plus aucune incidence sur elle, il n’y a pas lieu de consulter, mais de négocier une indemnisation.

Un tribunal administratif doit s’en tenir à l’exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, et son rôle en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales. Le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif l’obligation de la Couronne de consulter, et il peut lui conférer le pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu.

Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s’il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d’examiner des questions de droit. La consultation comme telle n’est pas une question de droit. Il s’agit d’un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d’un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Le tribunal administratif désireux d’entreprendre une consultation doit y être expressément ou tacitement autorisé, et sa loi habilitante doit lui conférer le pouvoir de réparation nécessaire.

L’obligation de consulter est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l’honneur de la Couronne. Elle doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d’une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s’adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue. L’expérience enseigne que la voie judiciaire est longue, coûteuse et souvent vaine et qu’elle ne sert l’intérêt de personne.

In this case, the Commission had the power to consider whether adequate consultation had taken place. The *Utilities Commission Act* empowered it to decide questions of law in the course of determining whether an EPA is in the public interest, which implied a power to decide constitutional issues properly before it. At the time, it also required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”, including the adequacy of consultation. This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over any “constitutional question”, since the application for reconsideration does not fall within the narrow statutory definition of that term.

The Legislature did not delegate the Crown’s duty to consult to the Commission. The Commission’s power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to engage in consultation because consultation is a distinct constitutional process, not a question of law.

The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, and reasonably concluded that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. In this case, the Crown had knowledge of a potential Aboriginal claim or right and BC Hydro’s proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. However, the 2007 EPA would have neither physical impacts on the Nechako River or the fishery nor organizational, policy or managerial impacts that might adversely affect the claims or rights of the First Nations. The failure to consult on the initial project was an underlying infringement, and was not sufficient to trigger a duty to consult. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro’s representatives will nevertheless be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them.

Cases Cited

Followed: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC

En l’espèce, la Commission avait le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate avait eu lieu. La *Utilities Commission Act* l’investissait du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si un CAÉ servait l’intérêt public, ce qui emportait celui de trancher une question constitutionnelle dont elle était régulièrement saisie. Au moment considéré, elle exigeait également de la Commission qu’elle tienne compte de « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public », dont le caractère adéquat de la consultation. L’*Administrative Tribunals Act* ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu’un tribunal administratif n’a pas compétence à l’égard d’une « question constitutionnelle », car la demande de révision échappe à la définition restrictive de ce terme.

Le législateur n’a pas délégué à la Commission l’obligation de la Couronne de consulter. Le pouvoir de la Commission d’examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l’intérêt public ne l’autorise pas à entreprendre la consultation, car celle-ci est un processus constitutionnel distinct, et non une question de droit.

La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d’examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones et elle a raisonnablement conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. Dans la présente affaire, la Couronne avait connaissance de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, et le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d’achat d’électricité constituait clairement une mesure projetée par la Couronne. Cependant, le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’impact physique sur la rivière Nechako ou sur le poisson, ni entraîner de changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations. L’omission de consulter relativement au projet initial constituait une atteinte sous-jacente et ne suffisait pas pour faire naître l’obligation de consulter. Vu leur obligation d’agir conformément à l’honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront néanmoins tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu’une décision ultérieure sera susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur eux.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation*

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; *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1; *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 1, 44(1), 58.
Constitution Act, 1867, s. 91(12).
Constitution Act, 1982, ss. 24, 35, 52.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8.
Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, ss. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

Authors Cited

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.
 Slattery, Brian. "Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, allowing an appeal from a decision of the British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, and remitting the consultation issue to the Commission. Appeal allowed; decision

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; *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII); *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. c. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 1, 44(1), 58.
Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1996, ch. 68, art. 8.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 24, 35, 52.
Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

Doctrine citée

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.
 Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Huddart et Bauman), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, accueillant l'appel d'une décision de la British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, et renvoyant à la Commission la question de la consultation. Pourvoi accueilli; décision de la

of the British Columbia Utilities Commission approving 2007 EPA confirmed.

Daniel A. Webster, Q.C., David W. Bursey and Ryan D. W. Dalziel, for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.

Chris W. Sanderson, Q.C., Keith B. Bergner and Laura Bevan, for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority.

Gregory J. McDade, Q.C., and *Maegen M. Giltrow*, for the respondent.

Mitchell R. Taylor, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Malliha Wilson and Tamara D. Barclay, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Paul E. Yearwood, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Stephanie C. Latimer, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Gordon A. Fulton, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Utilities Commission.

Written submissions only by *Robert C. Freedman* and *Rosanne M. Kyle*, for the intervener the Mikisew Cree First Nation.

Written submissions only by *Jeffrey R. W. Rath* and *Nathalie Whyte*, for the intervener the Moosomin First Nation.

Richard Spaulding, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

Written submissions only by *Timothy Howard* and *Bruce Stadfeld*, for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band.

Robert J. M. Janes, for the intervener the Lakes Division of the Secwepemc Nation.

British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 confirmée.

Daniel A. Webster, c.r., David W. Bursey et Ryan D. W. Dalziel, pour l'appelante Rio Tinto Alcan Inc.

Chris W. Sanderson, c.r., Keith B. Bergner et Laura Bevan, pour l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority.

Gregory J. McDade, c.r., et *Maegen M. Giltrow*, pour l'intimé.

Mitchell R. Taylor, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Malliha Wilson et Tamara D. Barclay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Paul E. Yearwood, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Stephanie C. Latimer, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Gordon A. Fulton, c.r.*, pour l'intervenante British Columbia Utilities Commission.

Argumentation écrite seulement par *Robert C. Freedman* et *Rosanne M. Kyle*, pour l'intervenante la Première nation crie Mikisew.

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey R. W. Rath* et *Nathalie Whyte*, pour l'intervenante la Première nation de Moosomin.

Richard Spaulding, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

Argumentation écrite seulement par *Timothy Howard* et *Bruce Stadfeld*, pour les intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola.

Robert J. M. Janes, pour l'intervenante la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc.

Peter W. Hutchins and David Kalmakoff, for the interveners the Assembly of First Nations.

Written submissions only by *Mervin C. Phillips*, for the interveners the Standing Buffalo Dakota First Nation.

Arthur C. Pape and Richard B. Salter, for the interveners the First Nations Summit.

Jay Nelson, for the interveners the Duncan’s First Nation and the Horse Lake First Nation.

Roy W. Millen, for the interveners the Independent Power Producers Association of British Columbia.

Written submissions only by *Harry C. G. Underwood*, for the interveners Enbridge Pipelines Inc.

Written submissions only by *C. Kemm Yates, Q.C.*, for the interveners the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

Peter W. Hutchins et David Kalmakoff, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *Mervin C. Phillips*, pour l’intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota.

Arthur C. Pape et Richard B. Salter, pour l’intervenant le Sommet des Premières nations.

Jay Nelson, pour les intervenantes la Première nation Duncan’s et la Première nation de Horse Lake.

Roy W. Millen, pour l’intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia.

Argumentation écrite seulement par *Harry C. G. Underwood*, pour l’intervenante Enbridge Pipelines Inc.

Argumentation écrite seulement par *C. Kemm Yates, c.r.*, pour l’intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] THE CHIEF JUSTICE — In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of the Kenney Dam in Northwest British Columbia for the production of hydro power for the smelting of aluminum. The dam and reservoir altered the water flows to the Nechako River, which the Carrier Sekani Tribal Council (“CSTC”) First Nations have since time immemorial used for fishing and sustenance. This was done without consulting with the CSTC First Nations. Now, the government of British Columbia seeks approval of a contract for the sale of excess power from the dam to British Columbia Hydro and Power Authority (“BC Hydro”), a Crown corporation. The question is whether the British Columbia Utilities Commission (the “Commission”) is required to consider the issue of consultation with the CSTC First Nations in determining whether the sale is in the public interest.

Dam constructed in 1950s without consultation BC seeks approval of a contract to sell excess power from the dam Is the BC Utilities Commission required to consider whether First Nations were consulted in decided whether to approve the sale?

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction du barrage Kenney dans le nord-ouest de la province en vue de la production d’électricité destinée à l’alimentation d’une aluminerie. Le barrage et le réservoir ont modifié les débits d’eau dans la rivière Nechako, dont les Premières nations du Conseil tribal Carrier Sekani (« CTCS ») tirent leur subsistance (notamment grâce à la pêche) depuis des temps immémoriaux. Ces Premières nations n’ont pas été consultées avant la construction du complexe. Le gouvernement de la Colombie-Britannique demande aujourd’hui l’approbation d’un contrat de vente des surplus d’électricité produits par le barrage à une société d’État, British Columbia Hydro and Power Authority (« BC Hydro »). La Cour doit déterminer si la British Columbia Utilities Commission (la « Commission ») est tenue de se pencher sur la question de la consultation des Premières nations du CTCS pour déterminer si la vente sert l’intérêt public.

[2] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, this Court affirmed that governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. In the intervening years, government-Aboriginal consultation has become an important part of the resource development process in British Columbia especially; much of the land and resources there are subject to land claims negotiations. **This case raises the issues of what triggers a duty to consult, and the place of government tribunals in consultation and the review of consultation.** I would allow the appeal, while affirming the duty of BC Hydro to consult the CSTC First Nations on future developments that may adversely affect their claims and rights.

Issues:
What triggers the duty to consult?
What is the role of tribunals?

I. Background

A. *The Facts*

[3] In the 1950s, Alcan (now Rio Tinto Alcan) dammed the Nechako River in northwestern British Columbia for the purposes of power development in connection with aluminum production. The project was one of huge magnitude. It diverted water from the Nechako River into the Nechako Reservoir, where a powerhouse was installed for the production of electricity. After passing through the turbines of the powerhouse, the water flowed to the Kemano River and on to the Pacific Ocean to the west. The dam affected the amount and timing of water flows into the Nechako River to the east, impacting fisheries on lands now claimed by the CSTC First Nations. Alcan effected these water diversions under Final Water Licence No. 102324 which gives Alcan use of the water on a permanent basis.

[4] Alcan, the Province of British Columbia, and Canada entered into a Settlement Agreement in

[2] Dans l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour affirme qu'un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. Depuis lors, la consultation des Autochtones par le gouvernement constitue un volet important du processus d'exploitation des ressources, spécialement en Colombie-Britannique où beaucoup de terres et de ressources font l'objet de revendications territoriales. Le pourvoi soulève les questions suivantes : d'où naît l'obligation de consulter et quel rôle joue un tribunal administratif dans la consultation et le contrôle de celle-ci? Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, tout en confirmant l'obligation de BC Hydro de consulter les Premières nations du CTCS sur les activités d'exploitation ultérieures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications et leurs droits.

I. Contexte

A. *Les faits*

[3] Dans les années 1950, Alcan (aujourd'hui Rio Tinto Alcan) a construit un barrage sur la rivière Nechako dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique afin de produire de l'électricité destinée à la fabrication d'aluminium. Il s'agissait de travaux colossaux. L'eau de la rivière Nechako a été détournée dans le réservoir du même nom, où une centrale a été construite pour y produire de l'électricité. Après être passée dans les turbines de la centrale, l'eau se déversait ensuite dans la rivière Kemano, puis dans l'océan Pacifique à l'ouest. Le barrage a eu une incidence sur le débit de la rivière Nechako à l'est, ce qui a eu des répercussions sur les stocks de poissons dans les terres aujourd'hui revendiquées par les Premières nations du CTCS. Alcan a effectué ces dérivations d'eau conformément au permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324, qui lui accorde un droit perpétuel d'utilisation de l'eau.

[4] En 1987, Alcan, la province de la Colombie-Britannique et le Canada ont convenu de lâchers

1987 on the release of waters in order to protect fish stocks. Canada was involved because fisheries, whether seacoast-based or inland, fall within federal jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. The 1987 agreement directs the release of additional flows in July and August to protect migrating salmon. In addition, a protocol has been entered into between the Haisla Nation and Alcan which regulates water flows to protect eulachon spawning grounds.

[5] The electricity generated by the project has been used over the years primarily for aluminum smelting. Since 1961, however, Alcan has sold its excess power to BC Hydro, a Crown Corporation, for use in the local area and later for transmission to neighbouring communities. The Energy Purchase Agreement (“EPA”) entered into in 2007, which is the subject of this appeal is the latest in a series of power sales from Alcan to BC Hydro. It commits Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity from the Kemano site until 2034. The 2007 EPA establishes a Joint Operating Committee to advise the parties on the administration of the EPA and the operation of the reservoir.

[6] The CSTC First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River. As was the practice at the time, they were not consulted about the diversion of the river effected by the 1950s dam project. They assert, however, that the 2007 EPA for the power generated by the project should be subject to consultation. This, they say, is their constitutional right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as defined in *Haida Nation*.

B. *The Commission Proceedings*

[7] The 2007 EPA was subject to review before the Commission. It was charged with determining whether the sale of electricity was in the public interest under s. 71 of the *Utilities Commission*

d’eau pour protéger les stocks de poissons. Le Canada était partie à l’accord, car les pêches, des côtes de la mer ou de l’intérieur, relèvent de la compétence fédérale suivant le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’accord de 1987 prévoit des lâchers supplémentaires en juillet et en août afin de protéger le saumon anadrome. De plus, un protocole est intervenu entre la nation Haisla et Alcan pour régulariser les débits d’eau et protéger les frayères d’eulachons.

[5] Au fil des ans, l’électricité générée par la centrale a principalement servi à alimenter une aluminerie. Toutefois, depuis 1961, Alcan vend ses surplus d’électricité à une société d’État, BC Hydro. Ces surplus ont d’abord été consommés localement, puis acheminés vers des collectivités avoisinantes. Le contrat d’achat d’électricité (le « CAÉ ») conclu en 2007, qui fait l’objet du pourvoi, est le plus récent intervenu entre Alcan et BC Hydro. Alcan s’y engage à vendre l’électricité excédentaire produite par la centrale de Kemano, et BC Hydro à l’acheter, jusqu’en 2034. Le CAÉ de 2007 crée un comité conjoint d’exploitation appelé à conseiller les parties sur l’administration du contrat et l’exploitation du réservoir.

[6] Les Premières nations du CTCS prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako. Comme ce n’était pas l’usage à l’époque, elles n’ont pas été consultées au sujet du détournement de la rivière occasionné par la construction du barrage dans les années 1950. Elles font toutefois valoir que le CAÉ de 2007 conclu relativement à l’énergie produite par ce barrage devrait faire l’objet d’une consultation. Selon elles, il s’agit d’un droit constitutionnel découlant de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au sens où l’entend la Cour dans l’arrêt *Nation Haïda*.

B. *Les procédures de la Commission*

[7] Le CAÉ de 2007 a été soumis à l’examen de la Commission, laquelle devait, en application de l’art. 71 de la *Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, déterminer si la vente d’électricité

Utilities
Commission
can refuse
to approve
contract for
sale if not
in the public
interest

Act, R.S.B.C. 1996, c. 473. The Commission had the power to declare a contract for the sale of electricity unenforceable if it found that it was not in the public interest having regard to the quantity of energy to be supplied, the availability of supplies, the price and availability of any other form of energy, the price of the energy supplied to a public utility company, and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”.

[8] The Commission began its work by holding two procedural conferences to determine, among other things, the “scope” of its hearing. “Scoping” is the process by which the Commission determines what “information it considers necessary to determine whether the contract is in the public interest” pursuant to s. 71(1)(b) of the *Utilities Commission Act*. The question of the role of First Nations in the proceedings arose at this stage. The CSTC was not party to the proceedings but the Haisla Nation was. The Haisla people submitted that the Province and BC Hydro “ha[d] failed to act on their legal obligation” to them, but refrained from asking the Commission “to assess the adequacy [of consultation] and accommodation afforded . . . on the 2007 EPA”: *Re: British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, October 10, 2007 (the “Scoping Order”), unreported. The Commission’s Scoping Order therefore addressed the consultation issue as follows:

Evidence relevant to First Nations consultation may be relevant for the same purpose that the Commission often considers evidence of consultation with other stakeholders. Generally, insufficient evidence of consultation, including with First Nations is not determinative of matters before the Commission.

[9] On October 29, 2007, the CSTC requested late intervenor status on the issue of consultation on the basis that the Commission’s decision

était dans l’intérêt public. La Commission avait le pouvoir de déclarer inapplicable le contrat de vente d’électricité qui, selon elle, n’était pas dans l’intérêt public compte tenu de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public ».

[8] La Commission a entrepris ses travaux par la tenue de deux conférences de nature procédurale pour déterminer notamment le « cadre » de l’audience. Le « cadrage » est le processus par lequel la Commission détermine [TRADUCTION] « les données qu’elle estime nécessaires pour décider si le contrat est ou non dans l’intérêt public » en application de l’al. 71(1)b) de la *Utilities Commission Act*. C’est à cette étape qu’a été soulevée la question de la participation des Premières nations à l’audience. Le CTCS n’était pas partie à la procédure, contrairement à la Nation Haisla, qui soutenait que la province et BC Hydro [TRADUCTION] « avaient manqué à leur obligation légale envers elle », mais qui ne demandait pas à la Commission « de se prononcer sur le caractère adéquat [de la consultation] et des mesures d’accommodement prises [. . .] relativement au CAÉ de 2007 » : *Re : British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Power Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, 10 octobre 2007 (l’« ordonnance sur le cadre de l’audience »), inédite. Dans son ordonnance, la Commission se prononce donc comme suit sur la question de la consultation :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve se rapportant à la consultation des Premières nations peuvent être pertinents, et ce, pour les mêmes raisons que la Commission examine souvent la preuve de la consultation d’autres intéressés. De manière générale, une preuve de consultation insuffisante, notamment des Premières nations, n’est pas déterminante eu égard aux questions dont est saisie la Commission.

[9] Le 29 octobre 2007, le CTCS a tardivement demandé d’être constitué partie intervenante sur la question de la consultation au motif que la décision

might negatively impact Aboriginal rights and title which were the subject of its ongoing land claims. At the opening of the oral hearing on November 19, 2007, the CSTC applied for reconsideration of the Scoping Order and, in written submissions of November 20, 2007, it asked the Commission to include in the hearing's scope the issues of whether the duty to consult had been met, whether the proposed power sale under the 2007 EPA could constitute an infringement of Aboriginal rights and title in and of itself, and the related issue of the environmental impact of the 2007 EPA on the rights of the CSTC First Nations.

[10] The Commission established a two-stage process to consider the CSTC's application for reconsideration of the Scoping Order: an initial screening phase to determine whether there was a reasonable evidentiary basis for reconsideration, and a second phase to receive arguments on whether the rescoping application should be granted. At the first stage, the CSTC filed evidence, called witnesses and cross-examined the witnesses of BC Hydro and Alcan. The Commission confined the proceedings to the question of whether the 2007 EPA would adversely affect potential CSTC First Nations' interests by causing changes in water flows into the Nechako River or changes in water levels of the Nechako Reservoir.

[11] On November 29, 2007, the Commission issued a preliminary decision on the Phase I process called "Impacts on Water Flows". It concluded that the "responsibility for operation of the Nechako Reservoir remains with Alcan under the 2007 EPA", and that the EPA would not affect water levels in the Nechako River stating, "the 2007 EPA sets the priority of generation produced but does not set the priority for water". With or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation".

[12] As to fisheries, the Commission stated that "the priority of releases from the Nechako Reservoir [under the 1987 Settlement Agreement]

de la Commission risquait d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et le titre aborigène qu'il revendiquait alors. Le 19 novembre 2007, au début de l'audience, le CTCS a demandé la révision de l'ordonnance qui en définissait le cadre et, dans son argumentation écrite du 20 novembre 2007, il a demandé qu'à l'audience, la Commission examine en outre les questions de savoir si l'obligation de consultation avait été respectée et si la vente d'électricité projetée dans le CAÉ de 2007 pouvait en soi être préjudiciable aux droits ancestraux et au titre aborigène, ainsi que la question connexe des répercussions environnementales du CAÉ de 2007 sur les droits des Premières nations du CTCS.

[10] La Commission a établi un processus comportant deux étapes pour statuer sur la demande de révision. Elle devait d'abord déterminer si un fondement probatoire raisonnable justifiait la révision de l'ordonnance, puis entendre les arguments des parties sur la question de savoir s'il y avait lieu d'accueillir la demande de recadrage. À la première étape, le CTCS a produit des éléments de preuve, présenté des témoins et contre-interrogé ceux de BC Hydro et d'Alcan. La Commission s'en est tenue à la question de savoir si, en raison de la modification du débit de la rivière Nechako ou du niveau du réservoir Nechako qui en résulterait, le CAÉ de 2007 aurait un effet préjudiciable sur les droits éventuels des Premières nations du CTCS.

[11] Le 29 novembre 2007, la Commission a rendu à la première étape une décision préliminaire intitulée [TRADUCTION] « Impact sur le débit d'eau ». Elle y conclut que [TRADUCTION] « suivant le CAÉ de 2007, l'exploitation du réservoir Nechako continue d'incomber à Alcan » et que le contrat ne changera rien aux niveaux de la rivière Nechako, affirmant que [TRADUCTION] « le CAÉ de 2007 accorde la priorité à la production d'électricité, et non à l'eau ». Avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'électricité ».

[12] Au chapitre de la pêche, la Commission a estimé que [TRADUCTION] « les lâchers d'eau effectués à partir du réservoir Nechako [conformément

is first to fish flows and second to power service”. While the timing of water releases from the Nechako Reservoir for power generation purposes may change as a result of the 2007 EPA, that change “will have no impact on the releases into the Nechako river system”. This is because water releases for power generation flow not into the Nechako River system to the east, with which the CSTC First Nations are concerned, but into the Kemano River to the west. Nor, the Commission found, would the 2007 EPA bring about a change in control over water flows and water levels, or alter the management structure of the reservoir.

[13] The Commission then embarked on Phase II of the rescoping hearing and invited the parties to make written submissions on the reconsideration application — specifically, on whether it would be a jurisdictional error not to revise the Scoping Order to encompass consultation issues on these facts. The parties did so.

[14] On December 17, 2007, the Commission dismissed the CSTC’s application for reconsideration of the scoping order on grounds that the 2007 EPA would not introduce new adverse effects to the interests of the First Nations: *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (the “Reconsideration Decision”). For the purposes of the motion, the Commission assumed the historic infringement of Aboriginal rights, Aboriginal title, and a failure by the government to consult. Referring to *Haida Nation*, it concluded that “more than just an underlying infringement” was required. The CSTC had to demonstrate that the 2007 EPA would “adversely affect” the Aboriginal interests of its member First Nations. Applying this test to its findings of fact, it stated that “a section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization and therefore where there are no new physical impacts acceptance of a section 71 filing [without consultation] would not be a jurisdictional error”. The Commission therefore concluded that its decision on the 2007 EPA would have no adverse effects on the CSTC First Nations’ interests. The duty to consult was therefore not triggered, and no jurisdictional

à l’accord de 1987] visent en priorité le passage des poissons, puis la production d’électricité ». Bien que le calendrier des lâchers d’eau destinés à la production d’électricité puisse changer en raison du CAÉ de 2007, à son avis, cela [TRADUCTION] « n’aura aucun impact sur les apports dans le réseau hydrographique de la Nechako », car ces lâchers d’eau ne sont pas effectués dans la rivière Nechako à l’est — objet de la préoccupation des Premières nations du CTCS —, mais dans la rivière Kemano à l’ouest. La Commission a aussi conclu que le CAÉ de 2007 ne modifiera ni la gestion des débits et des niveaux d’eau, ni la structure de gestion du réservoir.

[13] À la deuxième étape, la Commission a invité les parties à présenter des observations écrites sur la demande de révision — plus précisément, sur la question de savoir si le refus de recadrer l’audience pour que les questions liées à la consultation y soient aussi abordées constituerait une erreur de compétence à la lumière de ces faits. Les parties ont répondu à l’invitation.

[14] Le 17 décembre 2007, la Commission a rejeté la demande du CTCS au motif que le CAÉ de 2007 ne créerait pas de nouveaux effets défavorables sur les intérêts des Premières nations en cause : *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (la « décision sur la demande de révision »). Pour statuer, elle a tenu pour avérés l’atteinte historique aux droits ancestraux et au titre aborigène et le manquement du gouvernement à son obligation de consulter. S’appuyant sur l’arrêt *Nation Haïda*, elle a conclu qu’il fallait [TRADUCTION] « davantage qu’une atteinte sous-jacente ». Le CTCS devait démontrer que le CAÉ de 2007 aurait un « effet préjudiciable » sur les droits ancestraux des Premières nations qui en faisaient partie. Après avoir appliqué ce critère à ses conclusions de fait, elle a statué que l’[TRADUCTION] « examen visé à l’article 71 n’a pas pour effet d’approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d’en modifier le titulaire, de sorte qu’en l’absence de nouveaux impacts physiques, faire droit [sans consultation] à une demande présentée sous le régime de l’article 71 ne constituerait pas une erreur de compétence ». La Commission a donc estimé que sa décision

error was committed in failing to include consultation with the First Nations in the Scoping Order beyond the general consultation extended to all stakeholders.

[15] The Commission went on to conclude that the 2007 EPA was in the public interest and should be accepted. It stated:

In the circumstances of this review, evidence regarding consultation with respect to the historical, continuing infringement can reasonably be expected to be of no assistance for the same reasons there is no jurisdictional error, that is, the limited scope of the section 71 review, and there are no new physical impacts.

[16] In essence, the Commission took the view that the 2007 EPA would have no physical impact on the existing water levels in the Nechako River and hence it would not change the current management of its fishery. The Commission further found that its decision would not involve any transfer or change in the project's licences or operations. Consequently, the Commission concluded that its decision would have no adverse impact on the pending claims or rights of the CSTC First Nations such that there was no need to rescope the hearing to permit further argument on the duty to consult.

C. *The Judgment of the Court of Appeal, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.)*

[17] The CSTC appealed the Reconsideration Decision and the approval of the 2007 EPA to the British Columbia Court of Appeal. The Court, *per* Donald J.A., reversed the Commission's orders and remitted the case back to the Commission for "evidence and argument on whether a duty to consult and, if necessary, accommodate the [CSTC First Nations] exists and, if so, whether the duty has been met in respect of the filing of the 2007 EPA" (para. 69).

concernant le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur les intérêts des Premières nations du CTCS. L'obligation de consulter n'avait donc pas pris naissance, et la Commission n'a pas commis d'erreur de compétence en refusant d'inclure dans le cadre de l'audience la consultation des Premières nations, en sus de la consultation générale de tous les intéressés.

[15] La Commission a ensuite conclu que le CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public et devait être approuvé :

[TRADUCTION] Dans les circonstances du présent examen, on peut raisonnablement tenir pour inutile la preuve relative à la consultation sur l'atteinte historique et continue pour les mêmes raisons qu'il n'y a pas d'erreur de compétence, soit la portée limitée de l'examen visé à l'article 71 et l'absence de nouveaux impacts physiques.

[16] Essentiellement, la Commission a opiné que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'impact physique sur les niveaux d'eau existants de la rivière Nechako, de sorte qu'il ne modifierait pas la gestion des stocks de poissons. Elle a aussi estimé que sa décision ne nécessiterait ni cession ni modification des licences ou des activités d'exploitation. Elle est donc arrivée à la conclusion que sa décision n'aurait aucun effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de recadrer l'audience pour permettre que soit débattue plus avant la question de l'obligation de consulter.

C. *Le jugement de la Cour d'appel, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (les juges Donald, Huddart et Bauman)*

[17] Le CTCS a contesté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la décision sur la demande de révision et l'approbation du CAÉ de 2007. Au nom de la Cour d'appel, le juge Donald a annulé les ordonnances et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle entende [TRADUCTION] « preuve et arguments sur la question de savoir s'il existe ou non une obligation de consulter [les Premières nations du CTCS] et, au besoin, d'arriver à un accord avec elles et, dans l'affirmative, sur la question de savoir si l'obligation a été respectée relativement au dépôt du CAÉ de 2007 » (par. 69).

[18] The Court of Appeal found that the Commission had jurisdiction to consider the issue of consultation. The Commission had the power to decide questions of law, and hence constitutional issues relating to the duty to consult.

[19] The Court of Appeal went on to hold that the Commission acted prematurely by rejecting the application for reconsideration. Donald J.A., writing for the Court, stated:

... the Commission wrongly decided something as a preliminary matter which properly belonged in a hearing of the merits. The logic flaw was in predicting that consultation could have produced no useful outcome. Put another way, the Commission required a demonstration that the [CSTC] would win the point as a precondition for a hearing into the very same point.

I do not say that the Commission would be bound to find a duty to consult here. The fault in the Commission's decision is in not entertaining the issue of consultation within the scope of a full hearing when the circumstances demanded an inquiry. [paras. 61-62]

[20] The Court of Appeal held that the honour of the Crown obliged the Commission to decide the consultation issue, and that "the tribunal with the power to approve the plan must accept the responsibility to assess the adequacy of consultation" (para. 53). Unlike the Commission, the Court of Appeal did not consider whether the 2007 EPA was capable of having an adverse impact on a pending claim or right of the CSTC First Nations. The Court of Appeal did not criticize the Commission's adverse impacts finding. Rather, it appears to have concluded that despite these findings, the Commission was obliged to consider whether consultation could be "useful". In finding that the Commission should have considered the consultation issue, the Court of Appeal appears to have taken a broader view than did the Commission as to when a duty to consult may arise.

[21] The Court of Appeal suggested that a failure to consider consultation risked the approval of a contract in breach of the Crown's constitutional

[18] La Cour d'appel conclut que la Commission avait compétence pour se pencher sur la question de la consultation. La Commission pouvait trancher des questions de droit et, par conséquent, toute question constitutionnelle liée à l'obligation de consulter.

[19] La Cour d'appel opine ensuite que la Commission a prématurément rejeté la demande de révision. Le juge Donald dit ce qui suit au nom de la juridiction d'appel :

[TRADUCTION] ... la Commission a tranché une question tenue erronément pour préliminaire alors qu'il s'agissait d'une question de fond. La faille logique a consisté à présumer l'inutilité de la consultation. Autrement dit, la Commission a exigé comme condition préalable à l'examen des prétentions que [le CTCS] en démontre d'abord la justesse.

Je ne dis pas que la Commission serait tenue de conclure à l'existence d'une obligation de consulter en l'espèce. L'erreur de la Commission est de ne pas avoir considéré la question de la consultation dans le cadre d'une audience en bonne et due forme alors que les circonstances exigeaient un examen. [par. 61-62]

[20] La Cour d'appel conclut que l'honneur de la Couronne obligeait la Commission à trancher la question de la consultation et que [TRADUCTION] « le tribunal administratif doté du pouvoir d'approuver le projet doit accepter l'obligation de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation » (par. 53). Contrairement à la Commission, la Cour d'appel ne se demande pas si le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur quelque revendication ou droit des Premières nations du CTCS. Elle ne reproche pas à la Commission sa conclusion sur l'effet préjudiciable. Elle semble plutôt estimer que, malgré cette conclusion, la Commission était tenue de déterminer si la consultation pouvait être « utile ». En statuant que la Commission aurait dû examiner la question de la consultation, la Cour d'appel paraît interpréter plus largement que la Commission les conditions auxquelles il y a obligation de consulter.

[21] La Cour d'appel laisse entendre que l'omission de considérer la question de la consultation risquait d'entraîner l'approbation d'un contrat

duty. Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest? The existence of such a duty and the allegation of the breach must form part and parcel of the public interest inquiry” (para. 42).

[22] Alcan and BC Hydro appeal to this Court. They argue that the Court of Appeal took too wide a view of the Crown’s duty to consult and of the role of tribunals in deciding consultation issues. In view of the Commission’s task under its constituent statute and the evidence before it, Alcan and BC Hydro submit that the Commission correctly concluded that it had no duty to consider the consultation issue raised by the CSTC, since, however much participation was accorded, there was no possibility of finding a duty to consult with respect to the 2007 EPA.

[23] The CSTC argues that the Court of Appeal correctly held that the Commission erred in refusing to rescopé its proceeding to allow submissions on the consultation issue. It does not pursue earlier procedural arguments in this Court.

II. The Legislative Framework

A. *Legislation Regarding the Public Interest Determination*

[24] The 2007 EPA was subject to review before the Commission under the authority of s. 71 of the *Utilities Commission Act* to determine whether it was in the public interest. Prior to May 2008, this determination was to be based on the quantity of energy to be supplied; the availability of supplies; the price and availability of any other form of energy; the price of the energy supplied to a public utility company; and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”:

au mépris de l’obligation constitutionnelle de la Couronne. Le juge Donald pose la question suivante : [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d’une obligation constitutionnelle peut-il être dans l’intérêt public? L’existence d’une telle obligation et l’allégation de non-respect doivent faire partie intégrante de l’examen relatif à l’intérêt public » (par. 42).

[22] Alcan et BC Hydro interjettent appel devant notre Cour. Elles soutiennent que la Cour d’appel a interprété trop largement l’obligation de la Couronne de consulter et le pouvoir du tribunal administratif de trancher les questions touchant à la consultation. Vu le mandat incombant à la Commission suivant sa loi constitutive et la preuve dont elle disposait, Alcan et BC Hydro prétendent que la Commission a conclu à juste titre qu’elle n’était pas tenue d’examiner la question de la consultation soulevée par le CTCS, car peu importe l’importance du droit de participation reconnu, il était impossible de conclure à l’existence d’une obligation de consulter relativement au CAÉ de 2007.

[23] Le CTCS avance que la Cour d’appel a eu raison de conclure que la Commission avait refusé à tort de redéfinir le cadre de l’audience de manière à permettre la présentation d’observations sur la question de la consultation. Il ne fait plus valoir les arguments procéduraux invoqués devant les tribunaux inférieurs.

II. Le cadre législatif

A. *Dispositions législatives régissant la décision relative à l’intérêt public*

[24] L’article 71 de la *Utilities Commission Act* prévoyait que la Commission devait examiner le CAÉ de 2007 pour déterminer si son approbation était dans l’intérêt public. Avant le mois de mai 2008, la décision devait tenir compte de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent

Utilities Commission Act, s. 71(2)(a) to (e). Effective May 2008, these considerations were expanded to include “the government’s energy objectives” and its long-term resource plans: s. 71(2.1)(a) and (b). The public interest clause, however, was narrowed to considerations of the interests of potential British Columbia public utility customers: s. 71(2.1)(d).

B. Legislation on the Commission’s Remedial Powers

[25] Based on the above considerations, the Commission may issue an order approving the proposed contract under s. 71(2.4) of the *Utilities Commission Act* if it is found to be in the public interest. If it is not found to be in the public interest, the Commission can issue an order declaring the contract unenforceable, either wholly or in part, or “make any other order it considers advisable in the circumstances”: s. 71(2) and (3).

C. Legislation on the Commission’s Jurisdiction and Appeals

[26] Section 79 of the *Utilities Commission Act* states that all findings of fact made by the Commission within its jurisdiction are “binding and conclusive”. This is supplemented by s. 105 which grants the Commission “exclusive jurisdiction in all cases and for all matters in which jurisdiction is conferred on it by this or any other Act”. An appeal, however, lies from a decision or order of the Commission to the Court of Appeal with leave: s. 101(1).

[27] Together, ss. 79 and 105 of the *Utilities Commission Act* constitute a “privative clause” as defined in s. 1 of the British Columbia *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45. Under s. 58 of the *Administrative Tribunals Act*, this privative clause attracts a “patently unreasonable” standard of judicial review to “a finding of fact or law or

eu égard à l’intérêt public » : al. 71(2)a) à e) de la *Utilities Commission Act*. À compter de mai 2008, se sont ajoutées les considérations suivantes : les [TRADUCTION] « objectifs énergétiques du gouvernement » et son plan à long terme en matière de ressources : al. 71(2.1)a) et b). Or, la disposition portant sur l’intérêt public a vu sa portée ramenée à la prise en compte des intérêts des clients éventuels d’une entreprise de services publics de la Colombie-Britannique : al. 71(2.1)d).

B. Dispositions législatives régissant le pouvoir de réparation de la Commission

[25] Au vu des considérations susmentionnées, la Commission peut, si elle juge qu’il est dans l’intérêt public de le faire, rendre une ordonnance approuvant le contrat projeté en application du par. 71(2.4) de la *Utilities Commission Act*. Si elle arrive à la conclusion contraire concernant l’intérêt public, elle peut, par voie d’ordonnance, déclarer le contrat inapplicable, en totalité ou en partie, ou [TRADUCTION] « rendre toute autre ordonnance qu’elle juge indiquée dans les circonstances » : par. 71(2) et (3).

C. Dispositions législatives régissant la compétence de la Commission et le droit d’appel

[26] L’article 79 de la *Utilities Commission Act* dispose que les conclusions de fait tirées par la Commission dans les limites de sa compétence sont [TRADUCTION] « opposables et définitives ». L’article 105 confère en outre à la Commission le [TRADUCTION] « pouvoir exclusif de statuer dans toute affaire et sur toute question relevant de sa compétence suivant la présente loi ou un autre texte législatif ». Ses décisions et ordonnances peuvent cependant être contestées devant la Cour d’appel, sur autorisation : par. 101(1).

[27] Ensemble, les art. 79 et 105 de la *Utilities Commission Act* constituent une [TRADUCTION] « disposition d’inattaquabilité » au sens de l’article premier de l’*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2004, ch. 45. Suivant l’art. 58 de l’*Administrative Tribunals Act*, cette disposition d’inattaquabilité assujettit à la norme de

an exercise of discretion by the tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction under a privative clause”; a standard of correctness is to be applied in the review of “all [other] matters”.

[28] The jurisdiction of the commission is also arguably affected by s. 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* which applies to the Commission by virtue of s. 2(4) of the *Utilities Commission Act*. Section 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* states that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions”. A “constitutional question” is defined in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* by s. 8 of the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68. Section 8(2) says:

8. . . .

(2) If in a cause, matter or other proceeding

- (a) the constitutional validity or constitutional applicability of any law is challenged, or
- (b) an application is made for a constitutional remedy,

the law must not be held to be invalid or inapplicable and the remedy must not be granted until after notice of the challenge or application has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia in accordance with this section.

A “constitutional remedy” is defined as “a remedy under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* other than a remedy consisting of the exclusion of evidence or consequential on such exclusion”: *Constitutional Question Act*, s. 8(1).

D. *Section 35 of the Constitution Act, 1982*

[29] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* reads:

contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » [TRADUCTION] « la conclusion de fait ou de droit ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire relatifs à une question sur laquelle le tribunal a compétence exclusive du fait de l'existence d'une disposition d'inattaquabilité ». La norme de contrôle de la décision correcte vaut pour [TRADUCTION] « toute [autre] question ».

[28] On peut aussi soutenir que le par. 44(1) de l'*Administrative Tribunals Act* a une incidence sur la compétence de la Commission en ce qu'il s'applique à celle-ci suivant le par. 2(4) de la *Utilities Commission Act*. Le paragraphe 44(1) de l'*Administrative Tribunals Act* dispose qu'[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n'a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle ». L'article premier de l'*Administrative Tribunals Act* délimite cette matière par renvoi à l'art. 8 de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 68. Voici le texte du par. 8(2) de cette loi :

[TRADUCTION]

8. . . .

(2) Lorsque dans une instance, y compris un dossier ou une affaire,

- a) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi est contestée ou
- b) une réparation constitutionnelle est demandée,

la loi ne doit pas être tenue pour invalide ou inapplicable, et la réparation ne doit pas être accordée sans qu'un avis de la contestation ou de la demande n'ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de la Colombie-Britannique.

La [TRADUCTION] « réparation constitutionnelle » est définie comme étant « la réparation visée au par. 24(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, hormis celle consistant à écarter un élément de preuve ou découlant d'une telle mesure » : *Constitutional Question Act*, par. 8(1).

D. *L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*

[29] Voici le libellé de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

III. The Issues

[30] The main issues that must be resolved are: (1) whether the Commission had jurisdiction to consider consultation; and (2) if so, whether the Commission’s refusal to rescope the inquiry to consider consultation should be set aside. In order to resolve these issues, it is necessary to consider when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult. These reasons will therefore consider:

1. When a duty to consult arises;
2. The role of tribunals in consultation;
3. The Commission’s jurisdiction to consider consultation;
4. The Commission’s Reconsideration Decision;
5. The Commission’s conclusion that approval of the 2007 EPA was in the public interest.

IV. Analysis

A. *When Does the Duty to Consult Arise?*

[31] The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: the duty to consult arises “when

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

III. Les questions en litige

[30] Les principales questions à trancher sont les suivantes : (1) la Commission avait-elle compétence pour se prononcer sur la consultation et (2), dans l’affirmative, le refus de la Commission de redéfinir le cadre de l’audience pour que la question de la consultation soit abordée devrait-il être annulé? Il faut dès lors déterminer les conditions auxquelles il y a obligation de consulter et examiner le rôle du tribunal administratif à l’égard de cette obligation. J’examinerai donc successivement ce qui suit :

1. les conditions auxquelles il y a obligation de consulter;
2. le rôle du tribunal administratif à l’égard de la consultation;
3. le pouvoir de la Commission de se prononcer sur la consultation;
4. la décision de la Commission sur la demande de révision;
5. la conclusion de la Commission portant que l’approbation du CAÉ de 2007 servait l’intérêt public.

IV. Analyse

A. *À quelles conditions y a-t-il obligation de consulter?*

[31] Dans l’arrêt *Nation Haida*, notre Cour établit que l’obligation de consulter prend naissance

Did the Commission have jurisdiction to consider consultation? Should the decision not to reconsider the consultation issue be set aside?

the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it” (para. 35). This test can be broken down into three elements: (1) the Crown’s knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right.

I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order.

[32] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. It is a corollary of the Crown’s obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with the Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation: *Haida Nation*, at para. 20. As stated in *Haida Nation*, at para. 25:

Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

[33] The duty to consult described in *Haida Nation* derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right. Absent this duty, Aboriginal groups seeking to protect their interests pending a

« lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (par. 35). Ce critère comporte trois volets : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. J’examinerai chacun de ces volets plus en détail. D’abord, quelques remarques générales sont de mise concernant la source et la nature de l’obligation de consulter.

[32] L’obligation de consulter s’origine de l’honneur de la Couronne. Elle est un corollaire de celle d’arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque les négociations sont en cours, la Couronne a l’obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d’accommodement dans un esprit de conciliation : *Nation Haïda*, par. 20. Comme le dit la Cour au par. 25 de cet arrêt :

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

[33] L’obligation de consulter dont il est fait état dans l’arrêt *Nation Haïda* découle de la nécessité de protéger les intérêts autochtones lorsque des terres ou des ressources font l’objet de revendications ou que la mesure projetée peut empiéter sur un droit ancestral. Sans le respect de cette

Duty to consult is triggered where there is knowledge of a claim or right; contemplated Crown conduct; and potential that the conduct will affect the claim or right

Duty to consult is part of reconciliation

Duty to consult is based on need to protect Aboriginal interests while claims are ongoing

final settlement would need to commence litigation and seek interlocutory injunctions to halt the threatening activity. These remedies have proven time-consuming, expensive, and are often ineffective. Moreover, with a few exceptions, many Aboriginal groups have limited success in obtaining injunctions to halt development or activities on the land in order to protect contested Aboriginal or treaty rights.

[34] Grounded in the honour of the Crown, the duty has both a legal and a constitutional character: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6. The duty seeks to provide protection to Aboriginal and treaty rights while furthering the goals of reconciliation between Aboriginal peoples and the Crown. Rather than pitting Aboriginal peoples against the Crown in the litigation process, the duty recognizes that both must work together to reconcile their interests. It also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource. Shutting down development by court injunction may serve the interest of no one. The honour of the Crown is therefore best reflected by a requirement for consultation with a view to reconciliation.

Duty to consult framework established in Haida

[35] *Haida Nation* sets the framework for dialogue prior to the final resolution of claims by requiring the Crown to take contested or established Aboriginal rights into account *before* making a decision that may have an adverse impact on them: J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-35. The duty is *prospective*, fastening on rights yet to be proven.

Scope of duty will vary based on strength of claim and seriousness of impact

[36] The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment*

obligation, un groupe autochtone désireux de protéger ses intérêts jusqu'au règlement d'une revendication devrait s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction interlocutoire ordonnant la cessation de l'activité préjudiciable. L'expérience enseigne qu'il s'agit d'une démarche longue, coûteuse et souvent vaine. De plus, sauf quelques exceptions, les groupes autochtones réussissent rarement à obtenir une injonction pour mettre fin à la mise en valeur des terres ou aux activités qui y sont exercées et ainsi protéger des droits ancestraux ou issus de traités qui sont contestés.

[34] Fondée sur l'honneur de la Couronne, l'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6. Elle vise la protection des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de la Couronne. Elle reconnaît que les deux parties doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige. Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l'exploitation des ressources. Empêcher la mise en valeur par voie d'injonction risque de ne servir l'intérêt de personne. L'honneur de la Couronne est donc davantage compatible avec une obligation de consulter axée sur la conciliation des intérêts respectifs des parties.

[35] L'arrêt *Nation Haida* jette les bases du dialogue préalable au règlement définitif des revendications en obligeant la Couronne à tenir compte des droits ancestraux contestés ou établis *avant* de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits : J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-35. Il s'agit d'une obligation de nature *prospective* prenant appui sur des droits dont l'existence reste à prouver.

[36] La nature de l'obligation varie en fonction de la situation. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l'effet sur le droit ancestral ou issu de traité sous-jacent est grave : *Nation Haida*, par. 43-45, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur*

Director), 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

[37] The remedy for a breach of the duty to consult also varies with the situation. The Crown's failure to consult can lead to a number of remedies ranging from injunctive relief against the threatening activity altogether, to damages, to an order to carry out the consultation prior to proceeding further with the proposed government conduct: *Haida Nation*, at paras. 13-14.

[38] The duty to consult embodies what Brian Slattery has described as a "generative" constitutional order which sees "section 35 as serving a dynamic and not simply static function" ("Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 440). This dynamicism was articulated in *Haida Nation* as follows, at para. 32:

... the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

As the post-*Haida Nation* case law confirms, consultation is "[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships" and seeks to further an ongoing process of reconciliation by articulating a preference for remedies "that promote ongoing negotiations": D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21.

[39] Against this background, I now turn to the three elements that give rise to a duty to consult.

- (1) Knowledge by the Crown of a Potential Claim or Right

[40] To trigger the duty to consult, the Crown must have real or constructive knowledge of a

d'évaluation de projet), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 32.

[37] Le recours pour manquement à l'obligation de consulter varie également en fonction de la situation. L'omission de la Couronne de consulter les intéressés peut donner lieu à un certain nombre de mesures allant de l'injonction visant l'activité préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet : *Nation Haida*, par. 13-14.

[38] L'obligation de consulter s'inscrit dans ce que Brian Slattery qualifie d'ordre constitutionnel [TRADUCTION] « génératif » où « l'article 35 a une fonction dynamique et non purement statique » (« Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 440). Ce dynamisme a été formulé comme suit dans l'arrêt *Nation Haida* (par. 32) :

... l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Comme le confirme la jurisprudence postérieure à cet arrêt, la consultation [TRADUCTION] « s'attache au maintien de relations constantes » et à l'établissement d'un processus permanent de conciliation en ce qu'elle privilégie les mesures « qui favorisent la continuité des négociations » : D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 21.

[39] Sur cette toile de fond, j'examine maintenant les trois éléments qui font naître l'obligation de consulter.

- (1) Connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication ou d'un droit

[40] Pour qu'elle ait l'obligation de consulter, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement

Remedies for breach of duty to consult will vary

Consultation is intended to further an ongoing process of reconciliation

Threshold for triggering duty to consult it low claim to the resource or land to which it attaches: *Haida Nation*, at para. 35. The threshold, informed by the need to maintain the honour of the Crown, is not high. Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, para. 34. Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. What is required is a credible claim. Tenuous claims, for which a strong *prima facie* case is absent, may attract a mere duty of notice. As stated in *Haida Nation*, at para. 37:

Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims.

[41] The claim or right must be one which actually exists and stands to be affected by the proposed government action. This flows from the fact that the purpose of consultation is to protect unproven or established rights from irreversible harm as the settlement negotiations proceed: Newman, at p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33.

(2) Crown Conduct or Decision

[42] Second, for a duty to consult to arise, there must be Crown conduct or a Crown decision that

ou par imputation, d'une revendication visant la ressource ou la terre qui s'y rattache : *Nation Haïda*, par. 35. La norme de preuve applicable, eu égard à la nécessité de préserver l'honneur de la Couronne, n'est pas stricte. Il y a connaissance réelle lorsqu'une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu'un droit issu de traité peut être touché : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 34. Il y a connaissance par imputation lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. La revendication doit seulement être crédible. La revendication à l'assise fragile, dont le fondement ne paraît pas plausible à première vue, peut ne faire naître qu'une obligation d'informer. Comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda* (par. 37) :

La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies.

[41] Il faut que la revendication ou le droit existe réellement et risque d'être compromis par la mesure gouvernementale, car l'objectif de la consultation est de protéger un droit, établi ou non, d'un préjudice irréparable, pendant les négociations en vue d'un règlement : Newman, p. 30, citant *Nation Haïda*, par. 27 et 33.

(2) Mesure ou décision de la Couronne

[42] Deuxièmement, pour que naisse l'obligation de consulter, la mesure ou la décision de la

engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question.

Wide range of government action can trigger duty to consult

[43] This raises the question of what government action engages the duty to consult. It has been held that such action is not confined to government exercise of statutory powers: *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, at paras. 94 and 104; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, at paras. 11-15. This accords with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult.

Duty applies to higher-level strategic decisions

[44] Further, government action is not confined to decisions or conduct which have an immediate impact on lands and resources. A potential for adverse impact suffices. Thus, the duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights (Woodward, at p. 5-41 (emphasis omitted)). Examples include the transfer of tree licences which would have permitted the cutting of old-growth forest (*Haida Nation*); the approval of a multi-year forest management plan for a large geographic area (*Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110); the establishment of a review process for a major gas pipeline (*Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1); and the conduct of a comprehensive inquiry to determine a province's infrastructure and capacity needs for electricity transmission (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). We leave for another day the question of whether government conduct includes legislative action: see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, at paras. 37-40.

Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question.

[43] Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quelle mesure oblige le gouvernement à consulter. Il a été établi que cette mesure ne s'entend pas uniquement de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi : *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, par. 94 et 104; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, par. 11-15. Cette conclusion s'inscrit dans l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de consulter.

[44] En outre, une mesure gouvernementale ne s'entend pas uniquement d'une décision ou d'un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. Un simple risque d'effet préjudiciable suffit. Ainsi, l'obligation de consulter naît aussi d'une [TRADUCTION] « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d'avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux (Woodward, p. 5-41 (italiques omis)). Mentionnons quelques exemples : la cession de concessions de ferme forestière qui auraient permis l'abattage d'arbres dans de vieilles forêts (*Nation Haida*), l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique (*Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110), la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important (*Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII)), et l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). La question de savoir si une mesure gouvernementale s'entend aussi d'une mesure législative devra être tranchée dans une affaire ultérieure : voir *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, par. 37-40.

(3) Adverse Effect of the Proposed Crown Conduct on an Aboriginal Claim or Right

[45] The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice.

Must be a causal link between decision and potential impacts
Past wrongs do not trigger the duty to consult

[46] Again, a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine's purpose, as stated by Newman, is "to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown" (p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33). Mere speculative impacts, however, will not suffice. As stated in *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, at para. 44, there must be an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right". The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

Impact must be on the right, not just on the First Nation's future negotiating position

[47] Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a direct adverse impact on land and resources. For example,

Adverse impacts need not be physical

(3) Effet préjudiciable de la mesure projetée par la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral

[45] Le troisième élément requis pour qu'il y ait obligation de consulter est la possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas.

[46] Une approche généreuse et téléologique est aussi de mise à l'égard de ce troisième élément puisque, comme le dit Newman, l'objectif poursuivi est [TRADUCTION] « de reconnaître que les actes touchant un titre aborigène ou un droit ancestral non encore établi, ou des droits issus de traités, peuvent avoir des répercussions irréversibles qui sont incompatibles avec l'honneur de la Couronne » (p. 30, citant l'arrêt *Nation Haida*, par. 27 et 33). Cependant, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Comme il appert de l'arrêt *R. c. Douglas*, [2007] BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, au par. 44, il doit y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une Première nation puisse exercer son droit ancestral ». Le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même, et non seulement la position de négociation ultérieure de la Première nation.

[47] L'effet préjudiciable comprend toute répercussion risquant de compromettre une revendication autochtone ou un droit ancestral. Il est souvent de nature physique. Cependant, comme on l'a vu relativement à ce qui constitue une mesure de la Couronne, la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion de la ressource risque aussi d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si elle n'a pas d'[TRADUCTION] « effet immédiat sur les terres et les ressources » : Woodward, p. 5-41. La raison en est qu'une telle modification structurelle de la

a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[48] An underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The duty to consult is designed to prevent damage to Aboriginal claims and rights while claim negotiations are underway: *Haida Nation*, at para. 33. The duty arises when the Crown has *knowledge*, real or constructive, of the potential or actual existence of the Aboriginal right or title “and contemplates conduct that might adversely affect it”: *Haida Nation*, at para. 35 (emphasis added). This test was confirmed by the Court in *Mikisew Cree* in the context of treaty rights, at paras. 33-34.

[49] The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right. This is not to say that there is no remedy for past and continuing breaches, including previous failures to consult. As noted in *Haida Nation*, a breach of the duty to consult may be remedied in various ways, including the awarding of damages. To trigger a fresh duty of consultation — the matter which is here at issue — a contemplated

gestion de la ressource peut ouvrir la voie à d'autres décisions ayant un effet préjudiciable *direct* sur les terres et les ressources. Par exemple, le contrat par lequel la Couronne cède à une partie privée la maîtrise d'une ressource risque de supprimer ou de réduire le pouvoir de la Couronne de faire en sorte que la ressource soit exploitée dans le respect des intérêts autochtones, conformément à l'honneur de la Couronne. Les Autochtones seraient alors dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération dans les décisions de mise en valeur, ce qui constitue un effet préjudiciable : voir l'arrêt *Nation Haïda*, par. 72-73.

[48] Une atteinte sous-jacente ou continue, même si elle ouvre droit à d'autres recours, ne constitue pas un effet préjudiciable lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision gouvernementale particulière emporte l'obligation de consulter. La raison d'être de cette obligation est d'empêcher que les revendications autochtones et les droits ancestraux ne soient compromis pendant les négociations auxquelles ils donnent lieu : *Nation Haïda*, par. 33. L'obligation naît lorsque la Couronne a *connaissance*, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle « envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » : *Nation Haïda*, par. 35 (je souligne). Ce critère est repris par notre Cour relativement à des droits issus de traités dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*, par. 33-34.

[49] Il faut déterminer si une revendication ou un droit est susceptible d'être compromis par la mesure ou la décision *actuelle* du gouvernement. L'atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter, ne fait naître l'obligation de consulter que si la décision actuelle risque d'avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant. Il peut néanmoins y avoir recours pour une atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, le non-respect de l'obligation de consulter peut donner droit à diverses réparations, dont l'indemnisation. Pour que naisse une nouvelle obligation de

Continuing breach is not a new adverse impact and does not trigger the duty to consult

Prior and continuing breaches only trigger the duty to consult if there is a new impact

Crown action must put current claims and rights in jeopardy.

[50] Nor does the definition of what constitutes an adverse effect extend to adverse impacts on the negotiating position of an Aboriginal group. The duty to consult, grounded in the need to protect Aboriginal rights and to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples while balancing countervailing Crown interests, no doubt may have the ulterior effect of delaying ongoing development. The duty may thus serve not only as a tool to settle interim resource issues but also, and incidentally, as a tool to achieve longer term compensatory goals. Thus conceived, the duty to consult may be seen as a necessary element in the overall scheme of satisfying the Crown's constitutional duties to Canada's First Nations. However, cut off from its roots in the need to preserve Aboriginal interests, its purpose would be reduced to giving one side in the negotiation process an advantage over the other.

(4) An Alternative Theory of Consultation

[51] As we have seen, the duty to consult arises when: (1) the Crown has knowledge, actual or constructive, of potential aboriginal claims or rights; (2) the Crown proposes conduct or a decision; and (3) that conduct or decision may have an adverse impact on the Aboriginal claims or rights. This requires demonstration of a causal connection between the proposed Crown conduct and a potential adverse impact on an Aboriginal claim or right.

[52] The respondent's submissions are based on a broader view of the duty to consult. It argues that even if the 2007 EPA will have no impact on the Nechako River water levels, the Nechako fisheries

consulter — ce dont il est question en l'espèce —, une mesure envisagée par la Couronne doit mettre en péril une revendication actuelle ou un droit existant.

[50] L'effet préjudiciable ne s'entend pas non plus d'une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone. L'obligation de consulter, que justifie la nécessité de protéger les droits ancestraux et de préserver l'utilisation ultérieure des ressources revendiquées par les peuples autochtones, compte tenu des intérêts opposés de la Couronne, peut assurément retarder au final la mise en valeur entreprise. Elle peut donc servir non seulement à régler provisoirement une question relative aux ressources, mais aussi, accessoirement, à atteindre un objectif d'indemnisation à long terme. Vue sous cet angle, l'obligation de consulter peut être considérée comme un maillon essentiel du dispositif global permettant à la Couronne de s'acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les Premières nations du Canada. Toutefois, dissociée de sa raison d'être qu'est la nécessité de préserver les intérêts autochtones, l'obligation de consulter viserait seulement à favoriser une partie par rapport à une autre dans le processus de négociation.

(4) Interprétation nouvelle de l'obligation de consulter

[51] Rappelons que l'obligation de consulter prend naissance lorsque (1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) qu'elle envisage une mesure ou une décision et (3) que cette mesure ou cette décision est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou le droit ancestral. Il faut donc établir un lien de causalité entre la mesure projetée par la Couronne et l'effet préjudiciable possible sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

[52] L'intimé fonde ses prétentions sur une interprétation plus large de l'obligation de consulter. Il prétend que même si le CAÉ de 2007 n'aura aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière

or the management of the contested resource, the duty to consult may be triggered because the 2007 EPA is part of a larger hydro-electric project which continues to impact its rights. The effect of this proposition is that if the Crown proposes an action, however limited, that relates to a project that impacts Aboriginal claims or rights, a fresh duty to consult arises. The current government action or decision, however inconsequential, becomes the hook that secures and reels in the constitutional duty to consult on the entire resource.

[53] I cannot accept this view of the duty to consult. *Haida Nation* negates such a broad approach. It grounded the duty to consult in the need to preserve Aboriginal rights and claims pending resolution. It confines the duty to consult to adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the current decision under consideration.

[54] The argument for a broader duty to consult invokes the logic of the fruit of the poisoned tree — an evidentiary doctrine that holds that past wrongs preclude the Crown from subsequently benefiting from them. Thus, it is suggested that the failure to consult with the CSTC First Nations on the initial dam and water diversion project prevents any further development of that resource without consulting on the entirety of the resource and its management. Yet, as *Haida Nation* pointed out, the failure to consult gives rise to a variety of remedies, including damages. An order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may adversely impact on established or claimed rights. Absent this, other remedies may be more appropriate.

Nechako, ses stocks de poissons ou la gestion de la ressource visée par le litige, il peut y avoir obligation de consulter, car le CAÉ de 2007 fait partie d'un projet hydroélectrique qui continue d'avoir des répercussions sur ses droits. Dès lors, si la Couronne projette quelque mesure — aussi modeste soit-elle — se rapportant à un projet qui touche une revendication autochtone ou un droit ancestral, une nouvelle obligation de consulter voit le jour. La mesure ou la décision gouvernementale en cause, qu'elle ait peu de conséquences, voire aucune, devient le fondement de l'obligation constitutionnelle de consulter relativement à la totalité de la ressource.

[53] Je ne peux adhérer à cette interprétation de l'obligation de consulter. L'arrêt *Nation Haïda* écarte une interprétation aussi large. La Cour y fait reposer l'obligation de consulter sur la nécessité de préserver les droits ancestraux allégués jusqu'au règlement des revendications. L'objet de la consultation se limite donc aux seuls effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne, à l'exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s'intéresse à l'effet de la décision *actuellement* considérée sur les droits revendiqués.

[54] La thèse d'une obligation de consulter plus étendue s'appuie sur un principe en matière de preuve — celui du fruit de l'arbre empoisonné — selon lequel la Couronne ne saurait aujourd'hui tirer avantage de ses fautes d'hier. L'intimé prétend donc que l'omission de consulter les Premières nations du CTCS au sujet du projet initial de barrage et de dérivation d'eau empêche toute poursuite de l'exploitation de cette ressource tant qu'il n'y a pas eu consultation sur l'ensemble de la ressource et de sa gestion. Or, comme le fait observer la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, l'absence de consultation ouvre droit à diverses réparations, y compris l'indemnisation. L'ordonnance de consulter n'est indiquée que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu'elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués. Sinon, d'autres réparations peuvent être plus indiquées.

Consultation
must relate
to impact
of the current
decision

B. *The Role of Tribunals in Consultation*

Tribunal's role in consultation will depend on powers and duties conferred on it by legislation

[55] The duty on a tribunal to consider consultation and the scope of that inquiry depends on the mandate conferred by the legislation that creates the tribunal. Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. It follows that the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on it.

Legislature may delegate consultation to a tribunal

[56] The legislature may choose to delegate to a tribunal the Crown's duty to consult. As noted in *Haida Nation*, it is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements of consultation at different stages of the decision-making process with respect to a resource.

Crown may instead provide tribunal only with power to review adequacy of consultation, not to consult itself

[57] Alternatively, the legislature may choose to confine a tribunal's power to determinations of whether adequate consultation has taken place, as a condition of its statutory decision-making process. In this case, the tribunal is not itself engaged in the consultation. Rather, it is reviewing whether the Crown has discharged its duty to consult with a given First Nation about potential adverse impacts on their Aboriginal interest relevant to the decision at hand.

[58] Tribunals considering resource issues touching on Aboriginal interests may have neither of these duties, one of these duties, or both depending on what responsibilities the legislature has conferred on them. Both the powers of the tribunal to consider questions of law and the remedial powers granted it by the legislature are relevant considerations in determining the contours of that tribunal's jurisdiction: *Conway*. As such, they are also relevant to determining whether a particular tribunal has a duty to consult, a duty to consider consultation, or no duty at all.

[59] The decisions below and the arguments before us at times appear to merge the different

B. *Le rôle du tribunal administratif dans la consultation*

[55] L'obligation du tribunal administratif de se pencher sur la consultation et sur la portée de celle-ci dépend de la mission que lui confie sa loi constitutive. Un tribunal administratif doit s'en tenir à l'exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Il s'ensuit que le rôle d'un tribunal administratif en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales.

[56] Le législateur peut décider de lui déléguer l'obligation de la Couronne de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haida*, il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales de la consultation aux différentes étapes du processus décisionnel relatif à une ressource.

[57] Sinon, il peut lui confier le seul pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu, l'exercice de ce pouvoir faisant dès lors partie de son processus décisionnel. En pareil cas, le tribunal administratif ne participe pas à la consultation. Il s'assure plutôt que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter une Première nation en particulier sur un éventuel effet préjudiciable de la décision en cause sur ses droits ancestraux.

[58] Le tribunal administratif appelé à examiner une question ayant trait à une ressource et ayant une incidence sur des intérêts autochtones peut n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations, n'avoir que l'une d'elles ou avoir les deux, selon les attributions que lui confère le législateur. Tant son pouvoir légal d'examiner une question de droit que celui d'accorder réparation sont pertinents pour circonscrire sa compétence : *Conway*. Ils sont donc aussi pertinents pour déterminer si un tribunal administratif particulier est tenu d'effectuer une consultation ou de se pencher sur la consultation, ou s'il n'a aucune obligation en la matière.

[59] Les décisions des tribunaux inférieurs et les prétentions formulées devant notre Cour paraissent

duties of consultation and its review. In particular, it is suggested that every tribunal with jurisdiction to consider questions of law has a constitutional duty to consider whether adequate consultation has taken place and, if not, to itself fulfill the requirement regardless of whether its constituent statute so provides. The reasoning seems to be that this power flows automatically from the power of the tribunal to consider legal and hence constitutional questions. Lack of consultation amounts to a constitutional vice that vitiates the tribunal's jurisdiction and, in the case before us, makes it inconsistent with the public interest. In order to perform its duty, it must rectify the vice by itself engaging in the missing consultation.

[60] This argument cannot be accepted, in my view. A tribunal has only those powers that are expressly or implicitly conferred on it by statute. In order for a tribunal to have the power to enter into interim resource consultations with a First Nation, pending the final settlement of claims, the tribunal must be expressly or impliedly authorized to do so. The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct and often complex constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. **The tribunal seeking to engage in consultation itself must therefore possess remedial powers necessary to do what it is asked to do in connection with the consultation. The remedial powers of a tribunal will depend on that tribunal's enabling statute, and will require discerning the legislative intent:** *Conway*, at para. 82.

[61] A tribunal that has the power to consider the adequacy of consultation, but does not itself have the power to enter into consultations, should provide whatever relief it considers appropriate in the circumstances, in accordance with the remedial powers expressly or impliedly conferred upon it by

parfois amalgamer les différentes obligations en ce qui concerne la consultation et le contrôle de leur exécution. On prétend plus particulièrement que tout tribunal administratif compétent pour examiner une question de droit a l'obligation constitutionnelle de s'assurer qu'il y a eu consultation adéquate et, s'il n'y en a pas eu, de consulter lui-même les intéressés, que sa loi constitutive le prévoit ou non. Le raisonnement veut que ce pouvoir découle automatiquement du pouvoir du tribunal administratif d'examiner des questions de droit et, par conséquent, des questions constitutionnelles. L'absence de consultation équivaudrait à un vice constitutionnel qui annulerait la compétence du tribunal administratif et qui, en l'espèce, la rendrait contraire à l'intérêt public. Pour s'acquitter de son obligation, le tribunal administratif devrait remédier au vice en effectuant lui-même la consultation.

[60] À mon avis, on ne peut faire droit à cette thèse. Un tribunal administratif n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément ou implicitement conférés par la loi. Pour qu'il puisse consulter une Première nation au sujet d'une ressource avant le règlement définitif de revendications, il doit y être expressément ou implicitement autorisé. Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s'il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d'examiner une question de droit. La consultation comme telle n'est pas une question de droit. Il s'agit d'un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d'un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Par conséquent, le tribunal administratif désireux d'effectuer lui-même la consultation doit avoir le pouvoir de réparation nécessaire pour faire ce à quoi on l'exhorte relativement à la consultation. Le pouvoir de réparation d'un tribunal administratif tient à sa loi habilitante et à l'intention du législateur : *Conway*, par. 82.

[61] Le tribunal administratif doté du pouvoir de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation, mais non du pouvoir d'effectuer celle-ci, doit accorder la réparation qu'il juge indiquée dans les circonstances, conformément aux pouvoirs de réparation qui lui sont expressément ou implicitement

If a tribunal is carrying out consultation it must also have remedial powers

statute. The goal is to protect Aboriginal rights and interests and to promote the reconciliation of interests called for in *Haida Nation*.

[62] The fact that administrative tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature, and must confine their analysis and orders to the ambit of the questions before them on a particular application, admittedly raises the concern that governments may effectively avoid their duty to consult by limiting a tribunal's statutory mandate. The fear is that if a tribunal is denied the power to consider consultation issues, or if the power to rule on consultation is split between tribunals so as to prevent any one from effectively dealing with consultation arising from particular government actions, the government might effectively be able to avoid its duty to consult.

[63] As the B.C. Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

[64] Before leaving the role of tribunals in relation to consultation, it may be useful to review the standard of review that courts should apply in addressing the decisions of tribunals. The starting point is *Haida Nation*, at para. 61:

The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. . . . Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of

conférés par sa loi habilitante. L'objectif est de protéger les droits et les intérêts des Autochtones et de favoriser la conciliation d'intérêts que préconise notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*.

[62] Qu'un tribunal administratif doive s'en tenir à l'exercice de ses pouvoirs légaux et ne faire porter son analyse et ses décisions que sur les questions particulières dont il est saisi comporte certes le risque qu'un gouvernement se soustraie de fait à l'obligation de consulter en limitant le mandat d'un tribunal administratif. On peut craindre en effet qu'en privant un tribunal administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la consultation ou en répartissant le pouvoir de statuer en la matière entre plusieurs tribunaux administratifs de manière qu'aucun d'eux ne puisse se pencher sur l'obligation de consulter que font naître certaines mesures gouvernementales, le gouvernement se soustraie de fait à cette obligation.

[63] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

[64] Avant de passer au volet suivant de l'analyse, il me paraît indiqué de préciser quelle norme de contrôle s'applique à la décision du tribunal administratif. Prenons comme point de départ le par. 61 de l'arrêt *Nation Haïda* :

L'existence et l'étendue de l'obligation de consulter ou d'accommoder sont des questions de droit en ce sens qu'elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l'appréciation des faits. Il se peut donc qu'il convienne de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du premier décideur. [. . .] En l'absence d'erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal

deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness

[65] It is therefore clear that some deference is appropriate on matters of mixed fact and law, invoking the standard of reasonableness. This, of course, does not displace the need to take express legislative intention into account in determining the appropriate standard of review on particular issues: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. It follows that it is necessary in this case to consider the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Utilities Commission Act* in determining the appropriate standard of review, as will be discussed more fully below.

C. *The Commission's Jurisdiction to Consider Consultation*

[66] Having considered the law governing when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult, I return to the questions at issue on appeal.

[67] The first question is whether consideration of the duty to consult was within the mandate of the Commission. This being an issue of jurisdiction, the standard of review at common law is correctness. The relevant statutes, discussed earlier, do not displace that standard. I therefore agree with the Court of Appeal that the Commission did not err in concluding that it had the power to consider the issue of consultation.

[68] As discussed above, issues of consultation between the Crown and Aboriginal groups arise from s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. They therefore have a constitutional dimension. The question is whether the Commission possessed the power to

administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s'imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable

[65] Il est donc clair qu'une certaine déférence s'impose à l'égard d'une décision sur une question mixte de fait et de droit, d'où l'application de la norme de la raisonabilité. Ce qui n'écarte évidemment pas la nécessité de tenir compte de l'intention expresse du législateur pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans un cas donné : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. Il faut donc, en l'espèce, considérer les dispositions de l'*Administrative Tribunals Act* et de la *Utilities Commission Act* pour arrêter la bonne norme de contrôle, ce dont il est question plus en détail ci-après.

C. *Le pouvoir de la Commission de se pencher sur la consultation*

[66] Après examen du droit régissant l'existence de l'obligation de consulter et le rôle du tribunal administratif relativement à celle-ci, je reviens sur les questions en litige dans le pourvoi.

[67] D'abord, l'examen de l'obligation de consulter relevait-elle du mandat de la Commission? S'agissant d'une question de compétence, la norme de contrôle est, en common law, celle de la décision correcte. Les lois applicables considérées précédemment n'écartent pas cette norme. Je conviens donc avec la Cour d'appel que la Commission n'a pas eu tort de conclure qu'elle avait le pouvoir de se pencher sur la question de la consultation.

[68] Rappelons que la consultation des peuples autochtones par la Couronne découle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de sorte qu'elle revêt une dimension constitutionnelle. Il faut déterminer si la Commission avait le pouvoir d'en faire

consider such an issue. As discussed, above, tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature: *Conway*. We must therefore ask whether the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider the issue of consultation, grounded as it is in the Constitution.

[69] It is common ground that the *Utilities Commission Act* empowers the Commission to decide questions of law in the course of determining whether the 2007 EPA is in the public interest. The power to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power (*Conway*, at para. 81; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 39). “[S]pecialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates”: *Conway*, at para. 6.

[70] Beyond its general power to consider questions of law, the factors the Commission is required to consider under s. 71 of the *Utilities Commission Act*, while focused mainly on economic issues, are broad enough to include the issue of Crown consultation with Aboriginal groups. At the time, s. 71(2)(e) required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”. The constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest, surpassing the dominantly economic focus of the consultation under the *Utilities Commission Act*. As Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest?” (para. 42).

[71] This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over

un objet de son examen. Je le répète, un tribunal administratif doit s'en tenir à l'exercice des pouvoirs conférés par le législateur : arrêt *Conway*. Nous devons donc nous demander si la *Utilities Commission Act* reconnaissait à la Commission le pouvoir d'examiner la question de la consultation du fait de l'assise constitutionnelle de celle-ci.

[69] Il est reconnu que la *Utilities Commission Act* investit la Commission du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si le CAÉ de 2007 sert l'intérêt public. Le pouvoir d'un tribunal administratif de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu'il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d'un tel pouvoir (*Conway*, par. 81; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39). « [U]n tribunal spécialisé jouissant à la fois de l'expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal » : *Conway*, par. 6.

[70] Outre les questions de droit qu'elle a le pouvoir général d'examiner, les éléments dont la Commission doit tenir compte suivant l'art. 71 de la *Utilities Commission Act*, bien qu'ils soient surtout axés sur l'économie, sont suffisamment généraux pour englober la consultation des Autochtones par la Couronne. L'alinéa 71(2)e exigeait aussi de la Commission qu'elle tienne compte de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l'intérêt public ». L'aspect constitutionnel de l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial qui écarte la prédominance de l'angle économique dans la consultation prévue par la *Utilities Commission Act*. Comme le demande le juge Donald de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d'une obligation constitutionnelle peut-il être dans l'intérêt public? » (par. 42).

[71] L'*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu'un tribunal administratif

constitutional matters. Section 2(4) of the *Utilities Commission Act* makes certain sections of the *Administrative Tribunals Act* applicable to the Commission. This includes s. 44(1) which provides that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions.” However, “constitutional question” is defined narrowly in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* as “any question that requires notice to be given under section 8 of the *Constitutional Question Act*”. Notice is required only for challenges to the constitutional validity or constitutional applicability of any law, or are application for a constitutional remedy.

[72] The application to the Commission by the CSTC for a rescoping order to address consultation issues does not fall within this definition. It is not a challenge to the constitutional validity or applicability of a law, nor a claim for a constitutional remedy under s. 24 of the *Charter* or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In broad terms, consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is a constitutional question: *Paul*, para. 38. However, the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Constitutional Question Act* do not indicate a clear intention on the part of the legislature to exclude from the Commission’s jurisdiction the duty to consider whether the Crown has discharged its duty to consult with holders of relevant Aboriginal interests. It follows that, in applying the test articulated in *Paul* and *Conway*, the Commission has the constitutional jurisdiction to consider the adequacy of Crown consultation in relation to matters properly before it.

[73] For these reasons, I conclude that the Commission had the power to consider whether adequate consultation with concerned Aboriginal peoples had taken place.

[74] While the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider whether adequate consultation had taken place,

n’a pas compétence en matière constitutionnelle. Le paragraphe 2(4) de la *Utilities Commission Act* assujettit la Commission à certaines dispositions de l’*Administrative Tribunals Act*, dont le par. 44(1), qui dispose qu’[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n’a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle. » Or, le terme [TRADUCTION] « question constitutionnelle » est défini de manière stricte à l’article premier comme s’entendant de « toute question exigeant qu’un avis soit donnée en application de l’article 8 de la *Constitutional Question Act* ». L’avis n’est requis que lorsque la validité ou l’applicabilité constitutionnelle d’une loi est contestée ou qu’une réparation constitutionnelle est demandée.

[72] L’objet de la demande présentée à la Commission par le CTCS pour que le cadre de l’audience soit redéfini de manière à englober la question de la consultation ne correspond pas à cette définition. Il n’y avait ni contestation de la validité ou de l’applicabilité constitutionnelle d’une loi, ni demande de réparation fondée sur l’art. 24 de la *Charte* ou l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De manière générale, la consultation visée à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* correspond à une question constitutionnelle : *Paul*, par. 38. Toutefois, l’intention du législateur de soustraire à la compétence de la Commission la question de savoir si la Couronne s’est acquittée de son obligation de consulter les titulaires des droits ancestraux en cause ne ressort ni de l’*Administrative Tribunals Act* ni de la *Constitutional Question Act*. Dès lors, suivant le critère dégagé dans les arrêts *Paul* et *Conway*, la Commission a compétence constitutionnelle pour se pencher sur le caractère adéquat de la consultation effectuée par la Couronne relativement aux questions dont elle est régulièrement saisie.

[73] C’est pourquoi j’estime que la Commission avait le pouvoir de déterminer si les peuples autochtones touchés avaient été convenablement consultés.

[74] Même si la *Utilities Commission Act* confère à la Commission le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate a eu lieu, elle ne va pas jusqu’à

its language did not extend to empowering the Commission to engage in consultations in order to discharge the Crown's constitutional obligation to consult. As discussed above, legislatures may delegate the Crown's duty to consult to tribunals. However, the Legislature did not do so in the case of the Commission. Consultation itself is not a question of law, but a distinct constitutional process requiring powers to effect compromise and do whatever is necessary to achieve reconciliation of divergent Crown and Aboriginal interests. The Commission's power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to itself engage in consultation with Aboriginal groups.

[75] As the Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the Legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

D. *The Commission's Reconsideration Decision*

[76] The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups. The reason it decided it would not consider this issue was not for want of power, but because it concluded that the consultation issue could not arise, given its finding that the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest.

[77] As reviewed earlier in these reasons, the Commission held a hearing into the issue of whether the main hearing should be rescoped to permit exploration of the consultation issue. The evidence at this hearing was directed to the issue

l'autoriser à entreprendre elle-même la consultation et à s'acquitter de l'obligation constitutionnelle de la Couronne. Je rappelle que le législateur peut déléguer à un tribunal administratif l'obligation de la Couronne de consulter. Toutefois, en l'espèce, il ne l'a pas fait vis-à-vis de la Commission. La consultation ne constitue pas comme telle une question de droit, mais une démarche constitutionnelle distincte exigeant le pouvoir de transiger et d'accomplir tout ce qui est nécessaire pour concilier les intérêts divergents de la Couronne et des Autochtones. Le pouvoir de la Commission d'examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l'intérêt public ne l'autorise pas à entreprendre elle-même la consultation des groupes autochtones.

[75] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Lorsque le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

D. *La décision de la Commission sur la demande de révision*

[76] La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones. Elle a décidé de ne pas se pencher sur la question non pas parce qu'elle n'en avait pas le pouvoir, mais parce qu'elle estimait que la question ne pouvait se poser étant donné sa conclusion que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone.

[77] Comme nous l'avons vu, la Commission a tenu une audience sur la question de savoir s'il fallait recadrer l'audience principale de manière à permettre l'examen de la question de la consultation. La preuve alors produite portait sur l'effet

Utilities
Commission
has power to
determine if
consultation
was adequate
but not to
consult
directly

The duty to
consult must
be met in all
circumstances

of whether approval of the 2007 EPA would have any adverse impact on the interests of the CSTC First Nations. The Commission considered both the impact of the 2007 EPA on river levels (physical impact) and on the management and control of the resource. The Commission concluded that the 2007 EPA would not have any adverse physical impact on the Nechako River and its fishery. It also concluded that the 2007 EPA did not “transfer or change control of licenses or authorization”, negating adverse impacts from management or control changes. The Commission held that an underlying infringement (i.e. failure to consult on the initial project) was not sufficient to trigger a duty to consult. It therefore dismissed the application for reconsideration and declined to rescope the hearing to include consultation issues.

[78] The determination that rescoping was not required because the 2007 EPA could not affect Aboriginal interests is a mixed question of fact and law. As directed by *Haida Nation*, the standard of review applicable to this type of decision is normally reasonableness (understood in the sense that any conclusion resting on incorrect legal principles of law would not be reasonable). However, the provisions of the relevant statutes, discussed earlier, must be considered. The *Utilities Commission Act* provides that the Commission’s findings of fact are “binding and conclusive”, attracting a patently unreasonable standard under the *Administrative Tribunals Act*. Questions of law must be correctly decided. The question before us is a question of mixed fact and law. It falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of “reasonableness” as set out in *Haida Nation* and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[79] A duty to consult arises, as set out above, when there is: (a) knowledge, actual or constructive, by the Crown of a potential Aboriginal claim or right, (b) contemplated Crown conduct, and (c) the potential that the contemplated conduct may

préjudiciable éventuel de l’approbation du CAÉ de 2007 sur les intérêts des Premières nations du CTCS. La Commission a examiné l’effet du CAÉ de 2007 tant sur les niveaux d’eau (impact physique) que sur la gestion de la ressource et sa maîtrise. Elle a conclu que le CAÉ de 2007 n’aurait aucun impact physique négatif sur la rivière Nechako et ses ressources halieutiques. Elle a aussi estimé que le CAÉ de 2007 n’entraînerait [TRADUCTION] « ni transfert ni modification des licences ou des autorisations », écartant du coup tout effet préjudiciable causé par une modification touchant à la gestion ou à la maîtrise. Selon elle, une atteinte sous-jacente (soit l’omission de consulter relativement au projet initial) ne suffisait pas pour faire naître une obligation de consulter. Elle a donc rejeté la demande de révision et refusé de recadrer l’audience de manière que celle-ci porte aussi sur la consultation.

[78] La décision selon laquelle le recadrage n’était pas nécessaire parce que le CAÉ de 2007 ne pouvait avoir d’incidence sur des intérêts autochtones porte sur une question mixte de fait et de droit. Suivant l’arrêt *Nation Haïda*, la norme de contrôle applicable à ce genre de décision est habituellement celle de la raisonabilité (au sens où toute conclusion fondée sur un principe de droit erroné n’est pas raisonnable). Cependant, il faut tenir compte des dispositions des lois applicables examinées précédemment. La *Utilities Commission Act* prévoit que les conclusions de fait de la Commission sont [TRADUCTION] « opposables et définitives », ce qui appelle la norme de la décision manifestement déraisonnable suivant l’*Administrative Tribunals Act*. La décision portant sur une question de droit doit être correcte. Or, la question dont nous sommes saisis est une question mixte de fait et de droit. Elle appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonabilité, issue de la common law et consacrée par les arrêts *Nation Haïda* et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[79] Rappelons que l’obligation de consulter prend naissance lorsque les éléments suivants sont réunis : a) connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, b) mesure

adversely affect the Aboriginal claim or right. If, in applying the test set out in *Haida Nation*, it is arguable that a duty to consult could arise, the Commission would have been wrong to dismiss the rescoping order.

[80] The first element of the duty to consult — Crown knowledge of a potential Aboriginal claim or right — need not detain us. The CSTC First Nations' claims were well-known to the Crown; indeed, it was lodged in the Province's formal claims resolution process.

[81] Nor need the second element — proposed Crown conduct or decision — detain us. BC Hydro's proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. BC Hydro is a Crown corporation. It acts in place of the Crown. No one seriously argues that the 2007 EPA does not represent a proposed action of the Province of British Columbia.

[82] The third element — adverse impact on an Aboriginal claim or right caused by the Crown conduct — presents greater difficulty. The Commission, referring to *Haida Nation*, took the view that to meet the adverse impact requirement, “more than just an underlying infringement” was required. In other words, it must be shown that the 2007 EPA could “adversely affect” a current Aboriginal interest. The Court of Appeal rejected, or must be taken to have rejected, the Commission's view of the matter.

[83] In my view, the Commission was correct in concluding that an underlying infringement in and of itself would not constitute an adverse impact giving rise to a duty to consult. As discussed above, the constitutional foundation of consultation articulated in *Haida Nation* is the potential for adverse impacts on Aboriginal interests of state-authorized

The Commission correctly found that an underlying infringement did not trigger the duty to consult

projetée par la Couronne et c) risque que celle-ci ait un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit. Si, au regard du critère établi dans l'arrêt *Nation Haïda*, on peut soutenir qu'une obligation de consulter pouvait exister, la Commission a eu tort de rejeter la demande de recadrage de l'audience.

[80] Il n'y a pas lieu de s'arrêter au premier élément — la connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. Les revendications des Premières nations du CTCS étaient bien connues de la Couronne et avaient en fait été formulées dans le cadre du processus formel mis sur pied par la province pour le règlement des revendications autochtones.

[81] Il n'y a pas lieu non plus de s'attarder au deuxième élément — la mesure ou la décision projetée par la Couronne. Le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d'achat d'électricité constitue clairement une mesure projetée par la Couronne. BC Hydro est une société d'État qui agit au nom de la Couronne. Nul ne prétend sérieusement que le CAÉ de 2007 n'équivaut pas à une mesure projetée par la province de la Colombie-Britannique.

[82] Le troisième élément — l'effet préjudiciable de la mesure de la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral — présente une plus grande difficulté. S'appuyant sur l'arrêt *Nation Haïda*, la Commission a estimé que pour satisfaire à l'exigence de l'effet préjudiciable, il fallait [TRADUCTION] « davantage qu'une atteinte sous-jacente ». En d'autres termes, il fallait démontrer que le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un « effet préjudiciable » sur un intérêt autochtone actuel. La Cour d'appel rejette le point de vue de la Commission sur ce point, ou c'est du moins ce qu'il faut retenir de sa décision.

[83] À mon sens, la Commission a eu raison de conclure qu'une atteinte sous-jacente ne constitue pas comme telle un effet préjudiciable faisant naître une obligation de consulter. Nous l'avons vu, il appert de l'arrêt *Nation Haïda* que le fondement constitutionnel de la consultation réside dans le risque qu'un projet autorisé par l'État ait

developments. Consultation centres on how the resource is to be developed in a way that prevents irreversible harm to existing Aboriginal interests. Both parties must meet in good faith, in a balanced manner that reflects the honour of the Crown, to discuss development with a view to accommodation of the conflicting interests. Such a conversation is impossible where the resource has long since been altered and the present government conduct or decision does not have any further impact on the resource. The issue then is not consultation about the further development of the resource, but negotiation about compensation for its alteration without having properly consulted in the past. The Commission applied the correct legal test.

[84] It was argued that the Crown breached the rights of the CSTC when it allowed the Kenney Dam and electricity production powerhouse with their attendant impacts on the Nechako River to be built in the 1950s and that this breach is ongoing and shows no sign of ceasing in the foreseeable future. But the issue before the Commission was whether a fresh duty to consult could arise *with respect to the Crown decision before the Commission*. The question was whether the 2007 EPA could *adversely* impact the claim or rights advanced by the CSTC First Nations in the ongoing claims process. The issue of ongoing and continuing breach was not before the Commission, given its limited mandate, and is therefore not before this Court.

[85] What then is the potential impact of the 2007 EPA on the claims of the CSTC First Nations? The Commission held there could be none. The question is whether this conclusion was reasonable based on the evidence before the Commission on the rescoping inquiry.

[86] The Commission considered two types of potential impacts. The first type of impact was the

un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La consultation porte principalement sur la façon dont la ressource doit être exploitée pour qu'un préjudice irréparable ne soit pas infligé aux intérêts autochtones existants. Les deux parties doivent se rencontrer de bonne foi, dans un climat de mesure compatible avec l'honneur de la Couronne, pour discuter de mise en valeur dans une optique de conciliation des intérêts divergents. Or, un tel échange est impossible lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n'a plus aucune incidence sur elle. Il ne s'agit plus dès lors de consulter sur l'exploitation ultérieure de la ressource, mais plutôt de négocier une indemnisation pour sa transformation intervenue sans consultation adéquate préalable. La Commission a appliqué le bon critère juridique.

[84] Le CTCS fait valoir que la Couronne a porté atteinte à ses droits lorsque, dans les années 1950, elle a autorisé la construction du barrage Kenney et de la centrale électrique, qui a eu des répercussions sur la rivière Nechako, et que cette atteinte est continue et que rien ne permet de croire qu'elle cessera dans un avenir prévisible. Cependant, la question que devait trancher la Commission était celle de savoir si une nouvelle obligation de consulter pouvait prendre naissance à l'égard de la décision de la Couronne dont était saisie la Commission. Il lui fallait déterminer si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet *préjudiciable* sur les droits revendiqués par les Premières nations du CTCS dans le cadre du processus de règlement en cours. Étant donné les limites de son mandat, la Commission n'était pas saisie de la question de l'atteinte continue et se poursuivant toujours, en sorte que notre Cour ne l'est pas non plus.

[85] Quel est donc l'impact possible du CAÉ de 2007 sur les revendications des Premières nations du CTCS? La Commission a conclu qu'il ne pouvait y en avoir. La question est donc celle de savoir si la conclusion était raisonnable au vu de la preuve offerte à l'appui de la demande de recadrage.

[86] La Commission a considéré deux types d'effet possible. Le premier était l'impact physique du

physical impact of the 2007 EPA on the Nechako River and thus on the fishery. The Commission conducted a detailed review of the evidence on the impact the 2007 EPA could have on the river's water levels and concluded it would have none. This was because the levels of water on the river were entirely governed by the water licence and the 1987 agreement between the Province, Canada, and Alcan. The Commission rejected the argument that not approving the 2007 EPA could potentially raise water levels in the Nechako River, to the benefit of the fishery, on the basis of uncontradicted evidence that if Alcan could not sell its excess electricity to BC Hydro it would sell it elsewhere. The Commission concluded that with or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation". Finally, the Commission concluded that changes in the timing of water releases for power generation have no effect on water levels in the Nechako River because water releases for power generation flow into the Kemano River to the west, rather than the Nechako River to the east.

[87] The Commission also considered whether the 2007 EPA might bring about organizational, policy, or managerial changes that might adversely affect the claims or rights of the CSTC First Nations. As discussed above, a duty to consult may arise not only with respect to specific physical impacts, but with respect to high-level managerial or policy decisions that may potentially affect the future exploitation of a resource to the detriment of Aboriginal claimants. It noted that a "section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization". Approval of the 2007 EPA would not effect management changes, ruling out any attendant adverse impact. This, plus the absence of physical impact, led the Commission to conclude that the 2007 EPA had no potential to adversely impact on Aboriginal interests.

CAÉ de 2007 sur la rivière Nechako et, par conséquent, sur le poisson. La Commission a examiné minutieusement les éléments de preuve sur les effets que le CAÉ de 2007 pouvait avoir sur les niveaux d'eau de la rivière et elle a conclu qu'il n'y en aurait pas. En fait, les niveaux d'eau de la rivière relevaient entièrement du permis d'exploitation hydraulique et de l'accord de 1987 intervenu entre la province, le Canada et Alcan. La Commission a rejeté l'argument voulant que l'omission d'approuver le CAÉ de 2007 puisse entraîner une augmentation des niveaux d'eau de la rivière Nechako, et favoriser ainsi la pêche, eu égard à la preuve non contredite selon laquelle si Alcan ne pouvait vendre ses surplus d'électricité à BC Hydro, elle trouverait un autre preneur. Elle a conclu qu'avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'énergie ». Enfin, la Commission a conclu que la modification du calendrier des lâchers d'eau destinés à la production d'électricité n'avait aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière Nechako puisque l'eau était déversée dans la rivière Kemano à l'ouest, et non dans la Nechako à l'est.

[87] La Commission s'est aussi penchée sur la question de savoir si le CAÉ de 2007 pouvait entraîner des changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Je le répète, il peut y avoir obligation de consulter à l'égard non seulement d'impacts physiques particuliers, mais aussi de décisions de gestion ou politiques qui sont prises en haut lieu et qui peuvent avoir une incidence sur l'exploitation future de la ressource au détriment des demandeurs autochtones. La Commission fait remarquer que l'[TRADUCTION] « examen visé à l'art. 71 n'a pas pour effet d'approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d'en modifier le titulaire ». L'approbation du CAÉ de 2007 n'allait pas entraîner de changements de gestion, ce qui écartait tout effet préjudiciable concomitant. Ces éléments, joints à l'absence d'impact physique, ont amené la Commission à conclure que le CAÉ de 2007 ne risquait pas d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones.

[88] It is necessary, however, to delve further. The 2007 EPA calls for the creation of a Joint Operating Committee, with representatives of Alcan and BC Hydro (s. 4.13). The duties of the committee are to provide advice to the parties regarding the administration of the 2007 EPA and to perform other functions that may be specified or that the parties may direct (s. 4.14). The 2007 EPA also provides that the parties will jointly develop, maintain, and update a reservoir operating model based on Alcan's existing operating model and "using input data acceptable to both Parties, acting reasonably" (s. 4.17).

[89] The question is whether these clauses amount to an authorization of organizational changes that have the potential to adversely impact on Aboriginal interests. Clearly the Commission did not think so. But our task is to examine that conclusion and ask whether this view of the Commission was reasonable, bearing in mind the generous approach that should be taken to the duty to consult, grounded in the honour of the Crown.

[90] Assuming that the creation of the Joint Operating Committee and the ongoing reservoir operation plan can be viewed as organizational changes effected by the 2007 EPA, the question is whether they have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. In cases where adverse impact giving rise to a duty to consult has been found as a consequence of organizational or power-structure changes, it has generally been on the basis that the operational decision at stake may affect the Crown's future ability to deal honourably with Aboriginal interests. Thus, in *Haida Nation*, the Crown proposed to enter into a long-term timber sale contract with Weyerhaeuser. By entering into the contract, the Crown would have reduced its power to control logging of trees, some of them old growth forest, and hence its ability to exercise decision making over the forest consistent with the honour of the Crown. The resource would have been harvested without the consultation discharge that the honour of the Crown required. The Haida people would have been robbed of their

[88] Il est toutefois nécessaire de pousser quelque peu l'analyse. Le CAÉ de 2007 prévoit la création d'un comité conjoint d'exploitation formé de représentants d'Alcan et de BC Hydro (clause 4.13). Le comité a pour fonction de conseiller les parties sur l'administration du CAÉ de 2007 et d'accomplir d'autres tâches qui sont précisées ou que lui assignent les parties (clause 4.14). Le CAÉ de 2007 prévoit aussi que, conjointement, les parties élaborent, appliquent et actualisent un modèle d'exploitation du réservoir inspiré de celui d'Alcan et [TRADUCTION] « utilisant des données jugées acceptables par les deux parties, qui sont tenues de se montrer raisonnables » (clause 4.17).

[89] La question est celle de savoir si ces clauses équivalent à autoriser des modifications d'ordre organisationnel qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La Commission ne le croit manifestement pas. Or, il nous faut examiner cette conclusion et nous demander si elle est raisonnable eu égard à l'approche généreuse qui s'impose relativement à l'obligation de consulter, laquelle a pour assise l'honneur de la Couronne.

[90] À supposer que la création du comité conjoint et du modèle d'exploitation du réservoir existant puissent être considérés comme des modifications d'ordre organisationnel apportées par le CAÉ de 2007, la question est celle de savoir si ces dernières sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Lorsqu'il est établi que l'effet préjudiciable faisant naître l'obligation de consulter résulte d'une modification de l'organisation, notamment celle du pouvoir, c'est généralement parce que la décision opérationnelle en cause risque dès lors d'empêcher la Couronne d'agir honorablement à l'égard des intérêts autochtones. Ainsi, dans l'affaire *Nation Haida*, la Couronne projetait la conclusion avec Weyerhaeuser d'un contrat à long terme de vente de bois d'œuvre. En concluant le contrat, la Couronne réduisait sa maîtrise de l'exploitation forestière, notamment dans certaines vieilles forêts, et, partant, sa faculté d'exercer son pouvoir décisionnel en la matière de façon conforme à l'honneur de la Couronne. La ressource aurait été

constitutional entitlement. A more telling adverse impact on Aboriginal interests is difficult to conceive.

[91] By contrast, in this case, the Crown remains present on the Joint Operating Committee and as a participant in the reservoir operating model. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro's representatives would be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them. The CSTC First Nations' right to Crown consultation on any decisions that would adversely affect their claims or rights would be maintained. I add that the honour of the Crown would require BC Hydro to give the CSTC First Nations notice of any decisions under the 2007 EPA that have the potential to adversely affect their claims or rights.

[92] This ongoing right to consultation on future changes capable of adversely impacting Aboriginal rights does not undermine the validity of the Commission's decision on the narrow issue before it: whether approval of the 2007 EPA could have an adverse impact on claims or rights of the CSTC First Nations. The Commission correctly answered that question in the negative. The uncontradicted evidence established that Alcan would continue to produce electricity at the same rates regardless of whether the 2007 EPA is approved or not, and that Alcan will sell its power elsewhere if BC Hydro does not buy it, as is their entitlement under Final Water Licence No. 102324 and the 1987 Agreement on waterflows. Moreover, although the Commission did not advert to it, BC Hydro, as a participant on the Joint Operating Committee and the reservoir management team, must in the future consult with the CSTC First Nations on any decisions that may adversely impact their claims or rights. On this evidence, it was not unreasonable for the Commission to conclude that the 2007 EPA will not adversely affect the claims and rights

exploitée sans que la Couronne ne se soit acquittée au préalable de l'obligation de consulter que commande l'honneur de la Couronne. Le peuple Haïda aurait été dépouillé de son droit constitutionnel. Difficile de concevoir un effet préjudiciable plus manifeste sur un intérêt autochtone.

[91] En l'espèce, par contre, la Couronne demeure un membre du comité conjoint d'exploitation et un participant en ce qui concerne le modèle d'exploitation du réservoir. Comme ils ont l'obligation d'agir conformément à l'honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu'une décision ultérieure sera susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur eux. Le droit des Premières nations du CTCS d'être consultées sur toute décision susceptible de compromettre leurs revendications ou leurs droits est préservé. J'ajoute que l'honneur de la Couronne oblige BC Hydro à les informer de toute décision prise en application du CAÉ de 2007 qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits.

[92] Ce droit permanent qu'ont les Premières nations du CTCS d'être consultées pour toute modification ultérieure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits ancestraux ne remet pas en cause le bien-fondé de la décision rendue par la Commission relativement à la seule question dont elle était saisie : l'approbation du CAÉ de 2007 pouvait-elle avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits? La Commission a eu raison de répondre par la négative. La preuve non contredite établissait qu'Alcan continuerait de produire la même quantité d'électricité, que le CAÉ de 2007 soit approuvé ou non, et qu'elle trouverait un autre acheteur si BC Hydro déclinait l'offre, comme l'y autorisaient le permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324 et l'accord de 1987 sur les niveaux d'eau. De plus, bien que la Commission n'en fasse pas mention, BC Hydro, en tant que membre du comité conjoint d'exploitation et de l'équipe de gestion du réservoir, doit dorénavant consulter les Premières nations du CTCS sur toute décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits. À la

currently under negotiation of the CSTC First Nations.

[93] I conclude that the Commission took a correct view of the law on the duty to consult and hence on the question before it on the application for reconsideration. It correctly identified the main issue before it as whether the 2007 EPA had the potential to adversely affect the claims and rights of the CSTC First Nations. It then examined the evidence on this question. It looked at the organizational implications of the 2007 EPA and at the physical changes it might bring about. It concluded that these did not have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. It has not been established that the Commission acted unreasonably in arriving at these conclusions.

E. *The Commission's Decision That Approval of the 2007 EPA Was in the Public Interest*

[94] The attack on the Commission's decision to approve the 2007 EPA was confined to the Commission's failure to consider the issue of adequate consultation over the affected interests of the CSTC First Nations. The conclusion that the Commission did not err in rejecting the application to consider this matter removes this objection. It follows that the argument that the Commission acted unreasonably in approving the 2007 EPA fails.

V. Disposition

[95] I would allow the appeal and confirm the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA. Each party will bear their costs.

Appeal allowed; British Columbia Utilities Commission's approval of 2007 Energy Purchase Agreement confirmed.

lumière de cette preuve, il n'est pas déraisonnable que la Commission conclue que le CAÉ de 2007 n'aura pas d'effet préjudiciable sur les revendications et les droits de ces Premières nations qui faisaient alors l'objet de négociations.

[93] J'arrive à la conclusion que la Commission a bien interprété le droit en ce qui concerne l'obligation de consulter et, par conséquent, la question qu'elle était appelée à trancher pour statuer sur la demande de révision. Elle a bien cerné la question principale dont elle était saisie, à savoir si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet préjudiciable sur les revendications et les droits des Premières nations du CTCS. Elle a ensuite examiné la preuve pertinente. Elle a considéré les répercussions organisationnelles du CAÉ de 2007 et les changements physiques qui pouvaient en résulter. Elle a conclu que ces modifications ne risquaient pas de compromettre les revendications ou les droits en cause. Il n'a pas été établi qu'elle a agi de manière déraisonnable en tirant ces conclusions.

E. *La décision de la Commission portant que l'approbation du CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public*

[94] Le seul motif de contestation de la décision d'approuver le CAÉ de 2007 était l'omission de la Commission d'examiner la question du caractère adéquat de la consultation portant sur les intérêts en cause des Premières nations du CTCS. La conclusion que la Commission n'a pas eu tort de rejeter la demande d'examen de cette question écarte ce motif de contestation. Ainsi, la thèse selon laquelle la Commission a agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007 ne saurait être retenue.

V. Dispositif

[95] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision de la Commission approuvant le CAÉ de 2007. Chacune des parties paie ses propres frais de justice.

Pourvoi accueilli; décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le contrat d'achat d'électricité de 2007 confirmée.

Commission's
decision
upheld

Solicitors for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Utilities Commission: Boughton Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Mikisew Cree First Nation and the Lakes Division of the Secwepemc Nation: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Moosomin First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.

Solicitor for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Richard Spaulding, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Légal inc., Montréal.

Procureurs de l'appelante Rio Tinto Alcan Inc. : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Utilities Commission : Boughton Law Corporation, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Première nation crie Mikisew et la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Moosomin : Rath & Company, Priddis, Alberta.

Procureur de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Richard Spaulding, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Légal inc., Montréal.

Solicitors for the intervener the Standing Buffalo Dakota First Nation: Phillips & Co., Regina.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape Salter Teillet, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Duncan's First Nation and the Horse Lake First Nation: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the intervener the Independent Power Producers Association of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the intervener Enbridge Pipelines Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota : Phillips & Co., Regina.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Pape Salter Teillet, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Première nation Duncan's et la Première nation de Horse Lake : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Enbridge Pipelines Inc. : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.