



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, Part 1

2020, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2020] 3 F.C.R., {
3-200
D-1-D-4

Renvoi [2020] 3 R.C.F., {
3-200
F-1-F-5

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2021.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2021.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Subscribers who receive the *Federal Courts Reports* pursuant to the *Canada Federal Court Reports Distribution Order* should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le *Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

The *Federal Courts Reports* may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–200
Digests.	D-1–D-4

Angang Steel Company Limited v. Canada (Border Services Agency) (F.C.A.) 179

Anti-dumping—Margin of dumping—Judicial review of final determination by Canada Border Services Agency President with respect to dumping of corrosion-resistant steel sheet—President determining normal value for products in question pursuant to ministerial specification made under *Special Import Measures Act* (Act), s. 29(1)—Margin of dumping 53.3 per cent of export price—Applicants not submitting that margin of dumping insignificant—Submitting, *inter alia*, that President should not have used ministerial specification in determining margin of dumping, should have specified lower margin of dumping under Act, s. 41(1)(b)(i)—Whether final determination by President under Act, s. 41(1)(b) can be set aside if margin of dumping less than amount specified by President—No basis to set aside final determination or to address use of ministerial specification to determine margin of dumping—Final determination of dumping not set aside where reduction in margin of dumping still resulting in margin not being insignificant—Amendments to Act, s. 41 changing focus to particular exporter rather than particular country—Not changing result that final determination of dumping cannot be set aside because margin of dumping for particular exporter less than amount as found by President if margin of dumping still significant—Two per cent margin of dumping threshold for final determination that goods dumped—Parliament not intending that margin of dumping be used to calculate amount of anti-dumping duties imposed on already imported goods—Providing that anti-dumping duty amount to be determined separately—Information required to determine margin of dumping within knowledge of exporter—Applicants not arguing that margin of dumping insignificant if ministerial specification not used; rather, arguing margin should not be as large as President specified—Final determination made that margin of dumping not insignificant—No basis to set

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–200
Fiches analytiques	F-1–F-5

Angang Steel Company Limited c. Canada (Agence des services frontaliers) (C.A.F.) 179

Antidumping—Marge de dumping—Contrôle judiciaire relativement à une décision définitive de dumping rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada à l'égard de certaines feuilles d'acier résistant à la corrosion—Le président a déterminé la valeur normale des produits en question selon les modalités fixées par le ministre conformément à l'art. 29(1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (Loi)—La marge de dumping s'élevait à 53,3 p. 100 du prix à l'exportation—Les demanderessees n'ont pas soutenu que leur marge de dumping était minimale—Elles ont soutenu notamment que le président n'aurait pas dû utiliser les modalités fixées par le ministre pour déterminer leur marge de dumping et qu'il aurait dû établir une marge de dumping inférieure en application de l'art. 41(1)(b)(i) de la Loi—Il s'agissait de savoir si la décision définitive du président rendue en vertu de l'art. 41(1)(b) de la Loi pouvait être annulée si la marge de dumping était inférieure à celle établie par le président—Il n'existait aucun motif justifiant que la décision définitive soit annulée ou de se pencher sur le recours aux modalités fixées par le ministre pour l'établissement de la marge de dumping—Une décision définitive de dumping ne peut pas être annulée si la réduction de la marge de dumping n'a pas pour effet de rendre cette marge minimale—Les modifications apportées à l'art. 41 de la Loi ont fait en sorte que l'attention est désormais portée sur l'exportateur plutôt que sur le pays—Elles n'ont rien changé au fait qu'une décision définitive de dumping ne peut être annulée parce que la marge de dumping établie pour un exportateur donné serait inférieure à celle calculée par le président, sans qu'elle soit pour autant minimale—La marge de dumping de 2 p. 100 est le critère donnant lieu à la décision définitive selon laquelle les marchandises ont été sous-évaluées—L'intention du législateur n'était pas que la marge de dumping soit utilisée

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

aside decision if result same, i.e. margin of dumping not insignificant—Application dismissed.

Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company (F.C.A.) 124

Patents — Practice — Protective orders — Appeal from Federal Court order dismissing motion brought jointly by appellant, respondent seeking protective order in dispute concerning intellectual property — Appellant, respondent, two major corporations competing in freight transportation business in North America — Underlying dispute related to patented technology that allows customers to arrange rail shipments online — Motions Judge questioning established practice of issuing protective orders in view of recent Federal Court decisions — Finding that, in present case, protective order not necessary because “reasonably alternative measures” available to parties — At issue herein was applicable test to determining whether protective order should be granted; whether motions Judge erring in denying protective order jointly sought by appellant, respondent — In *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, Supreme Court establishing new test for confidentiality orders, addressing test set out in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, which concerns protective orders — While Supreme Court relying on *AB Hassle* test regarding protective orders in *Sierra Club*, doing so in specific context; not extending *AB Hassle* test to include consideration of necessity, alternative measures, etc. — Necessity element of *Sierra Club* not applying in context of protective orders — In present case, motions Judge extending necessity element of test for confidentiality orders to motions for protective orders — Motions Judge thus rejecting *AB Hassle* test for protective orders cited with approval in *Sierra Club* — Applying confidentiality order criteria without distinction to protective order — Motions Judge erring in law when conflating *AB Hassle* test for protective orders with more onerous test for confidentiality order discussed in *Sierra Club* — Order dismissing joint motion for protective order set aside, protective order granted — Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour calculer le montant des droits antidumping imposés sur des marchandises ayant déjà été importées—Il a prévu que le montant de ces droits serait établi séparément—Les renseignements nécessaires pour l’établissement de la marge de dumping sont des renseignements dont l’exportateur a connaissance—Les demandresses n’ont pas fait valoir que leur marge de dumping, si le président n’avait pas utilisé les modalités fixées par le ministre, aurait été minimale; elles ont soutenu que la marge de dumping ne devrait pas être aussi importante que celle précisée par le président—La décision définitive était que la marge de dumping n’était pas minimale—Il n’existait aucun motif justifiant que la décision soit annulée si le résultat demeurait inchangé, c’est-à-dire que la marge de dumping n’était pas minimale—Demande rejetée.

Compagnie des Chemins de Fer Nationaux du Canada c. BNSF Railway Company (C.A.F.) 124

Brevets—Pratique—Ordonnances conservatoires—Appel d’une ordonnance rendue par la Cour fédérale ayant rejeté la requête conjointe de l’appelante et de l’intimée qui sollicitaient une ordonnance conservatoire dans une affaire soulevant une question de propriété intellectuelle—L’appelante et l’intimée sont deux importantes concurrentes dans le transport de marchandises en Amérique du Nord—Le litige qui les opposait concernait une technologie brevetée qui permet à leurs clients d’organiser en ligne l’expédition de marchandises par chemin de fer—Le juge des requêtes a remis en question la pratique établie en ce qui concerne les ordonnances conservatoires, à la lumière de jugements rendus récemment par la Cour fédérale—Il a conclu qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de rendre une ordonnance conservatoire, car « d’autres options raisonnables » étaient à la disposition des parties—L’appel portait sur le critère applicable lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire; il s’agissait de savoir si le juge des requêtes a eu tort de refuser de rendre l’ordonnance conservatoire que sollicitaient l’appelante et l’intimée—Dans l’arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, la Cour suprême a établi un nouveau critère relatif à l’ordonnance de confidentialité et a examiné le critère de l’arrêt *AB Hassle c. Canada (Ministre de la santé et du bien-être social)*, qui concerne les ordonnances conservatoires—Si la Cour suprême a fondé son analyse sur le critère de l’arrêt *AB Hassle* en matière d’ordonnance conservatoire, elle l’a fait dans un contexte donné; elle n’a pas étendu l’application de ce critère de sorte qu’il faille analyser la nécessité, les autres options, etc.—L’élément relatif à la nécessité que comporte le critère de l’arrêt *Sierra Club* ne saurait s’appliquer lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire—Dans la présente affaire, le juge des requêtes a importé l’élément de nécessité du critère relatif à l’ordonnance de confidentialité dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 3

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Judicial review challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC)—Approval challenged on environmental grounds, Crown’s alleged continued failure to fulfil its duty to consult—Project first approved in 2016—Successfully challenged in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)* (TWN 2018)—GIC approving Project for second time in June 2019 (Order in Council P.C. 2019-820)—GIC considering that consultation efforts made after TWN 2018 adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult—Applicants submitting that Project could not be approved until all concerns resolved, including impact on aquifer, risk of spills of diluted bitumen, marine shipping—Applicants also contending, inter alia, that Canada having to engage in *R. v. Sparrow*-type justification analysis as part of consultation process—Whether GIC reasonably concluding that flaws identified in TWN 2018 adequately remedied by renewed consultation process—GIC entitled to give government actors leeway in assessing whether their efforts resulting in compliance with duty to consult—Consultation having to be “reasonable”—Canada having to consider, address Indigenous peoples’ rights in meaningful way—Meaningful consultation requirement flowing from honour of Crown—Process of meaningful consultation resulting in various forms of accommodation—Failure to accommodate in any particular way (e.g. such as abandoning Project) not necessarily meaning there has been no meaningful consultation—Reconciliation not dictating any particular substantive outcome—Consultation process not to be used as means to veto a project—Post-approval consultation relevant, important—Importance of matter to those directly impacted by Project affecting reasonableness analysis—GIC’s decision reasonable—Adopting view that flaws adequately addressed, that reasonable, meaningful consultation having taken place—GIC’s explanations not suffering from errors identified in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*—Conclusions within

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’analyse de la requête en ordonnance conservatoire—Il a rejeté le critère de l’arrêt *AB Hassle* auquel est subordonnée l’ordonnance conservatoire et qui est cité avec approbation dans l’arrêt *Sierra Club*—Il a appliqué le critère relatif à l’ordonnance de confidentialité à l’ordonnance conservatoire sans faire de distinction—Le juge des requêtes a commis une erreur de droit lorsqu’il a confondu le critère de l’arrêt *AB Hassle*, auquel est subordonnée l’ordonnance conservatoire, et le critère plus onéreux relatif à l’ordonnance de confidentialité dont il est question dans l’arrêt *Sierra Club*—L’ordonnance ayant rejeté la requête conjointe sollicitant une ordonnance conservatoire a été annulée et l’ordonnance conservatoire a été rendue—Appel accueilli.

Première Nation Coldwater c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 3

Peuples autochtones—Obligation de consulter—Contrôle judiciaire contestant la seconde approbation du projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil—Cette approbation a été contestée pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter—Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016—Cette approbation a été contestée avec succès dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)* (TWN 2018)—Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) en juin 2019—Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l’arrêt TWN 2018 avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi pour permettre à la Couronne de s’acquitter de son obligation de consulter—Les demandresses ont fait valoir qu’on ne peut approuver le projet avant que l’on ne résolve toutes leurs préoccupations, à savoir l’incidence du projet sur l’aquifère, le risque de déversement du bitume dilué et le transport maritime—Les demandresses ont fait valoir également que le Canada était tenu de procéder à une analyse de la justification comme celle énoncée dans l’arrêt *R. c. Sparrow* au cours des consultations—Il s’agissait de savoir si le gouverneur en conseil avait raisonnablement conclu que les lacunes mises au jour dans l’arrêt TWN 2018 avaient été corrigées de façon adéquate par la nouvelle ronde de consultations—Le gouverneur en conseil pouvait à bon droit donner aux intervenants du gouvernement la latitude voulue pour évaluer si leurs efforts avaient permis d’honorer l’obligation de consulter—Les consultations doivent être « raisonnables »—Le Canada doit prendre en considération les droits revendiqués par les peuples autochtones de façon véritable—L’obligation de consulter de façon véritable découle de l’honneur de la Couronne—Le processus de consultation véritable mène à différentes mesures d’accommodement—Le défaut d’accommoder d’une façon précise (p. ex., en abandonnant le projet) ne signifie pas nécessairement qu’il n’y a

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

bounds of governing legislation—GIC understanding legal content of duty to consult, Court’s decision in *TWN* 2018, shortcomings in earlier consultation process—Decision not outside bounds of *National Energy Board Act*, s. 54—GIC reasonably addressing, considering key issues raised by Court in *TWN* 2018—Entitled to take broad consensus of Indigenous groups supporting or not opposing Project into account in concluding Project was in public interest—These findings sufficient to conclude GIC decision reasonable—Applicants’ detailed submissions nevertheless addressed—Applications dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Applicants challenging second approval of Trans Mountain Pipeline Expansion Project (Project) by Governor in Council (GIC) on environmental grounds, Crown’s alleged continued failure to fulfil its duty to consult—GIC considering that consultation efforts adequately remedying identified flaws, sufficient to meet duty to consult, Project in public interest—Present matter statutory judicial review—In such circumstances, presumptive standard of review that of reasonableness—Exceptions to reasonableness review not applying herein—Case dealing with constitutional duty of high significance—That context informing conduct of reasonableness review—Issue not whether GIC should have come to different conclusion or whether consultation process could have been longer or better but rather whether decision approving Project, justification offered acceptable, defensible in light of governing legislation, evidence, circumstances bearing upon reasonableness review.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas eu de consultation véritable—La réconciliation n’exige pas qu’on en arrive à une fin particulière—Le processus de consultation ne doit pas servir à opposer un droit de veto à un projet—La consultation postérieure à l’approbation est pertinente et importante—L’importance de l’affaire aux yeux des personnes que le projet touche directement a une incidence lors de l’analyse du caractère raisonnable—La décision du gouverneur en conseil était raisonnable—Il a conclu que l’on avait corrigé convenablement les lacunes limitées et qu’il y avait eu une consultation raisonnable et véritable—Les explications du gouverneur en conseil ne révélaient pas d’erreur semblable à celles qui ont été mentionnées dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*—Les conclusions étaient conformes à la loi pertinente—Le gouverneur en conseil a compris ce qu’exigeait l’obligation légale de consulter, le sens de l’arrêt *TWN* 2018 de la Cour et les lacunes du premier exercice de consultation—Cette décision n’excédait pas la portée de l’art. 54 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*—Le gouverneur en conseil a tenu compte de façon raisonnable des principales questions que la Cour a soulevées dans l’arrêt *TWN* 2018—Il pouvait tenir compte du large consensus des groupes autochtones qui appuyaient le projet ou ne s’y opposaient pas pour conclure que le projet était dans l’intérêt public—Ces constatations étaient suffisantes pour conclure que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable—Les observations détaillées des demanderesse ont néanmoins été examinées—Demandes rejetées.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle—Les demanderesse ont contesté la seconde approbation du projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet) par le gouverneur en conseil pour des raisons environnementales et au motif que la Couronne manquait toujours à son obligation de consulter—Le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour et avaient suffi pour permettre à la Couronne de s’acquitter de son obligation de consulter et que le projet était dans l’intérêt public—Il s’agissait d’une instance en contrôle judiciaire prévue par la loi—Dans les circonstances, il est présumé que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable—Aucune exception quant au contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne s’appliquait dans la présente affaire—Il s’agissait ici d’une obligation constitutionnelle d’une grande importance—Voilà le cadre dans lequel s’inscrivait le contrôle selon la norme de la décision raisonnable—Il ne s’agissait pas de savoir si le gouverneur en conseil aurait dû arriver à une conclusion différente ni si les consultations auraient pu durer plus longtemps ou mieux se dérouler, mais plutôt de savoir si la décision d’approuver le projet et le justificatif offert étaient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 143

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Consolidated judicial reviews of decisions by: immigration officer (docket IMM-686-16) refusing applicant's permanent residence application under spouse-in-Canada class; respondent (docket IMM-1508-18) refusing application for ministerial relief from inadmissibility brought under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 34(2) (now s. 42.1) (ministerial decision); Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) (docket IMM-1633-15) finding applicant inadmissible on basis of criminality, for membership in terrorist organization; immigration officer (docket IMM-4246-16) finding that applicant not subject to risk of persecution, danger of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment, if returned to country of origin (PRRA [pre-removal risk assessment] decision)—Applicant, former member of Irish National Liberation Army (INLA)—Arguing he was unlawfully deprived of recourse to humanitarian, compassionate (H&C) relief, as Act, s. 25 amendments violating *Canadian Bill of Rights*, s. 2(e)—Impugning ID, ministerial decisions on basis misapprehending evidence—Raising breach of procedural fairness on basis respondent failing to pursue available statutory options for applicant's removal in timely way—Challenging fairness, reasonableness of PRRA decision for failure to respond to request to hold PRRA application in abeyance—Whether amendments to Act, s. 25 violating Bill of Rights, s. 2(e)—Whether ID, ministerial decisions unreasonable—Whether Minister acting unfairly by failing to pursue inadmissibility allegations earlier—Whether officer breaching duty of fairness by failing to respond to applicant's request for deferral of PRRA application—Bill of Rights, s. 2(e) not guaranteeing substantive right to application of H&C factors—Open to Parliament to limit application of H&C factors—S. 2(e) tying application of principles of fundamental justice only to right to fair hearing—Parliament having right to establish statutory conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada—Citizenship revocation scheme in present case expressly excluding H&C factors from consideration by respondent—Authorities relied upon by applicant failing to show that H&C discretion essential to achieving fairness in cases excluded by Act, s. 25—Only at point of de facto removal that applicant's Charter interests may be engaged—ID, Minister not erring in their respective assessments of evidence—ID's authority limited to determination of applicant's admissibility—Additional observations of ID of no legal consequence—Not unreasonable for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

acceptables et défendables compte tenu de la législation applicable, de la preuve et des circonstances ayant une incidence sur le contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) 143

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Demandes réunies de contrôle judiciaire de décisions rendues par un agent d'immigration (dossier IMM-686-16), qui a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie des époux au Canada; par le défendeur (dossier IMM-1508-18), qui a rejeté la demande de dispense ministérielle déposée relativement à une interdiction de territoire en vertu de l'art. 34(2) (aujourd'hui l'art. 42.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) (la décision ministérielle); par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (dossier IMM-1633-15), qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour cause de criminalité et d'appartenance à une organisation terroriste; par un agent d'immigration (dossier IMM-4246-16), qui a conclu que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie ou encore à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé dans son pays d'origine (décision relative à l'ERAR [examen des risques avant renvoi])—Le demandeur était un ancien membre de l'Armée irlandaise de libération nationale (AILN)—Il a soutenu qu'il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, car les modifications apportées à l'art. 25 de la LIPR contreviennent à l'art. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*—Il a contesté la décision de la SI et la décision ministérielle au motif que des éléments de preuve ont été mal interprétés—Il a invoqué un manquement à l'équité procédurale, alléguant que le défendeur a omis de donner suite en temps opportun aux options prévues par la loi pour son renvoi—Il a contesté l'équité et le caractère raisonnable de la décision relative à l'ERAR au motif que sa demande de mise en suspens de la demande d'ERAR est restée sans réponse—Les modifications apportées à l'art. 25 de la LIPR contreviennent-elles à l'art. 2e) de la Déclaration des droits?—La décision de la SI et la décision ministérielle étaient-elles déraisonnables?—Le ministre a-t-il agi de manière inéquitable en omettant de donner suite aux allégations d'interdiction de territoire dans le contexte d'instances antérieures?—L'agent a-t-il manqué à son obligation d'équité en omettant de répondre à la demande du demandeur de reporter la demande d'ERAR?—L'art. 2e) de la Déclaration des droits ne garantit pas un droit absolu à l'application de facteurs d'ordre humanitaire—Il était loisible au législateur de restreindre l'application des facteurs d'ordre humanitaire—L'art. 2e) ne rattache l'application des principes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ID to conclude INLA remaining single violent organization—By staying involved, applicant complicit—Ministerial decision thorough, reflecting appropriate understanding of scope of statutory discretion—Applicant not treated unfairly, not prejudiced by delay—Procedural unfairness not arising from exercise of strategic choices by Minister to pursue certain recourse, decline or abandon other options—Officer not obliged to hold PRRA decision in abeyance simply because applicant requesting it—However, fairness demanded that officer advise applicant of intent to proceed to decision, afford applicant opportunity to make up-to-date submissions about risk—Failure to do so unfair—PRRA decision thus remitted to different decision maker for redetermination—Question certified—Applications in dockets IMM-1508-18, IMM-686-16, IMM-1633-15 dismissed; application in docket IMM-4246-16 allowed.

Bill of Rights—Applicant, former member of Irish National Liberation Army, found inadmissible to Canada—Arguing he was unlawfully deprived of recourse to humanitarian, compassionate (H&C) relief, as Act, s. 25 amendments violating *Canadian Bill of Rights*, s. 2(e)—Whether amendments to Act, s. 25 violating Bill of Rights, s. 2(e)—S. 2(e) not guaranteeing substantive right to application of H&C factors—Open to Parliament to limit application of H&C factors—Unlike Charter, s. 7, s. 2(e) tying application of principles of fundamental justice only to right to fair hearing—That qualification limiting application of s. 2(e) to matters of fair process—Parliament having

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de justice fondamentale qu'au droit à une audition impartiale—Le législateur a le droit de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester—Le régime de révocation de la citoyenneté examiné dans la présente affaire empêchait expressément le défendeur de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire—Les précédents invoqués par le demandeur ne montraient pas qu'il est essentiel de disposer d'un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire pour assurer le respect de l'équité dans les genres d'affaires que l'art. 25 de la LIPR exclut—Ce n'est qu'au stade du renvoi de fait que les droits que confère la Charte au demandeur peuvent entrer en jeu—La SI et le ministre n'ont commis aucune erreur dans la manière dont ils ont évalué les éléments de preuve—Le pouvoir de la SI se limitait à rendre une décision concernant l'interdiction de territoire du demandeur—Les observations supplémentaires de la SI n'avaient aucune conséquence juridique—Il n'était pas déraisonnable de la part de la SI de conclure que l'AILN était restée une organisation violente unique—En demeurant impliqué, le demandeur était complice—La décision du ministre était détaillée et reflétait une compréhension appropriée de la portée du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi—Le demandeur n'a pas été traité de manière inéquitable et les retards subis ne lui ont causé aucun préjudice—Le fait que le ministre fasse des choix stratégiques lorsqu'il décide de prendre une certaine mesure et lorsqu'il refuse de recourir à d'autres options ou y renonce n'équivaut pas à un manquement à l'équité procédurale—L'agent n'était pas tenu de mettre la décision relative à l'ERAR en suspens juste parce que le demandeur lui demandait de le faire—Toutefois, l'équité exigeait que l'agent avise le demandeur qu'il avait l'intention de prendre une décision et de lui donner ensuite la possibilité de présenter des arguments à jour au sujet des risques en cause—L'omission de le faire était inéquitable—La décision relative à l'ERAR a donc été renvoyée à un décideur pour nouvel examen—Une question a été certifiée—Les demandes dans les dossiers IMM-1508-18, IMM-686-16 et IMM-1633-15 ont été rejetées; la demande dans le dossier IMM-4246-16 a été accueillie.

Déclaration des droits—Le demandeur, un ancien membre de l'Armée irlandaise de libération nationale (AILN), a été jugé interdit de territoire au Canada—Il a soutenu qu'il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, car les modifications apportées à l'art. 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) contreviennent à l'art. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*—Il s'agissait de savoir si les modifications apportées à l'art. 25 de la LIPR contreviennent à l'art. 2e) de la Déclaration des droits—L'art. 2e) ne garantit pas un droit absolu à l'application de facteurs d'ordre humanitaire—Il était

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

right to establish statutory conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada—Citizenship revocation scheme in present case expressly excluding H&C factors from consideration by respondent—Authorities relied upon by applicant failing to show that H&C discretion essential to achieving fairness in cases excluded by Act, s. 25—Only at point of de facto removal that applicant’s Charter interests may be engaged.

Reyes Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 99

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) Border Services Officer’s (Officer) decision cancelling applicant’s electronic travel authorization (ETA) on finding that applicant having misrepresented on ETA, was therefore inadmissible for misrepresentation—Applicant, Mexican, travelling to Canada as visitor—Undergoing secondary examination for in-depth interview with Officer—Found inadmissible for misrepresentation pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 40(1)(a) on Officer’s conclusion that applicant misrepresented having been charged with criminal offence—Withdrawing application pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 42(1)—Subsequently, applicant’s ETA cancelled pursuant to Regulations, ss. 12.06(e), 12.07—During process of finding applicant inadmissible, CBSA Officer never preparing Act, s.44(1) report, never sending case to admissibility hearing under Act, s.44(2)—No evidence in record of applicant being advised of consequences of misrepresentation finding nor of five-year bar on entering Canada—Applicant submitting that Officer: found him inadmissible for misrepresentation without proper procedures, jurisdiction; violated procedural fairness; erred in concluding that applicant had misrepresented facts—Whether Officer: having power to find applicant inadmissible for misrepresentation without writing Act, s. 44(1) report, referring matter to Minister’s Delegate, as result breaching procedural fairness; erring in cancelling applicant’s ETA application; erring in finding that applicant misrepresented on his ETA application—Although Officer not stating five-year bar, bar not deriving from Officer’s delegated authority but rather from operation of statute—Applicant not having

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

loisible au législateur de restreindre l’application des facteurs d’ordre humanitaire—Contrairement à l’art. 7 de la Charte, l’art. 2e) ne rattache l’application des principes de justice fondamentale qu’au droit à une audition impartiale—Cette restriction limite l’application de l’art. 2e) à des questions d’équité procédurale—Le législateur a le droit de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester—Le régime de révocation de la citoyenneté examiné dans la présente affaire empêchait expressément le défendeur de prendre en considération des facteurs d’ordre humanitaire—Les précédents invoqués par le demandeur ne montraient pas qu’il est essentiel de disposer d’un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d’ordre humanitaire pour assurer le respect de l’équité dans les affaires que l’art. 25 de la LIPR exclut—Ce n’est qu’au stade du renvoi de fait que les droits que confère la Charte au demandeur peuvent entrer en jeu.

Reyes Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 99

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent des services frontaliers (l’agent) de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) a annulé l’autorisation de voyage électronique (l’AVE) du demandeur après avoir conclu que ce dernier avait fait une présentation erronée sur l’autorisation en question et qu’il était donc interdit de territoire pour fausses déclarations—Le demandeur, un citoyen mexicain, est arrivé au Canada à titre de visiteur—Il a fait l’objet d’un deuxième examen, qui a pris la forme d’une entrevue approfondie avec l’agent—Il a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations aux termes de l’art. 40(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), suivant la conclusion de l’agent selon laquelle il avait fait une présentation erronée quant à une accusation criminelle portée contre lui—Le demandeur a retiré sa demande aux termes de l’art. 42(1) du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le RIPR)—L’AVE a ensuite été annulée au titre des art. 12.06e) et 12.07 du RIPR—Durant tout le processus à l’issue duquel le demandeur a été déclaré interdit de territoire, aucun rapport fondé sur l’art. 44(1) de la LIPR n’a été établi par un agent de l’ASFC, et l’affaire n’a pas non plus été déférée pour enquête aux termes de l’art. 44(2) de la LIPR—Rien dans le dossier n’indiquait que le demandeur a été informé des conséquences liées à un constat d’interdiction de territoire pour fausses déclarations ni de la période d’interdiction d’entrée au Canada de cinq ans—Le demandeur a soutenu que l’agent l’a déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations sans suivre les procédures adéquates; qu’il n’avait pas compétence pour rendre une telle décision; qu’il a enfreint l’équité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

to be formally “admitted” into Canada before Officer could prepare s. 44(1) report—Respondent misconstruing inadmissibility determination process—For finding of inadmissibility, procedure at port of entry requiring officer prepare s. 44(1) report setting out allegations, which report then referred to Minister’s Delegate for Act, s. 44(2) determination—Neither case law nor relevant statutory provisions offering support for proposition that officers having discretion to make their own admissibility determinations without writing s. 44(1) report—Discretion under s. 44(1) allowing officers to report their opinion of applicant’s inadmissibility—Operational Manuals providing guidance on discretionary aspect of s. 44(1)—In particular, stating that officers having flexibility in managing cases where no removal order sought—Also indicating that discretion officers given not discretion or authority for officers themselves to make conclusive inadmissibility determinations—In case at bar, no indication that s. 44(1) report written or that referral made to Minister’s Delegate—However, Officer coming to own determination on admissibility by telling applicant he was inadmissible for misrepresentation—In this regard, Officer acting without proper authority, erring in making admissibility finding based on misrepresentation—As such, applicant deprived of procedural fairness—Officer erring in listing inadmissibility for misrepresentation as one of grounds for cancelling ETA—Reasonable for Officer to cancel applicant’s ETA on basis that applicant became ineligible to hold it upon withdrawal of his application to enter Canada under Regulations, s. 42(1)—Concerning finding of misrepresentation, open to Officer to form own opinion as to alleged misrepresentation based on interview, applicant’s ETA application—Based on evidence, reasonable for Officer to have formed opinion that applicant could be inadmissible on ground of misrepresentation—However Officer not having authority to make final admissibility determination—Only Minister’s Delegate or Immigration Division may make such findings—Therefore, Officer erring in finding that applicant misrepresented, was therefore inadmissible—Application allowed.

SOMMAIRE (Suite)

procédurale; qu’il a commis une erreur lorsqu’il a conclu qu’il avait fait une présentation erronée quant aux faits—Il s’agissait de savoir si l’agent: avait le pouvoir de déclarer le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations sans établir le rapport visé à l’art. 44(1) et sans renvoyer l’affaire à un délégué du ministre, et donc, s’il a enfreint l’équité procédurale; a commis une erreur en annulant la demande d’AVE du demandeur; et a commis une erreur lorsqu’il a conclu que le demandeur avait fait une présentation erronée sur sa demande d’AVE—Bien que l’agent n’ait pas fait état d’une interdiction de cinq ans, celle-ci découle non pas du pouvoir qui lui est délégué, mais plutôt de l’effet de la loi—Le demandeur n’avait pas à être formellement « admis » au Canada avant que l’agent puisse établir le rapport visé à l’art. 44(1)—Le défendeur a mal compris le processus de détermination de l’interdiction de territoire—Pour qu’une interdiction de territoire soit prononcée, un agent doit, conformément à la procédure en vigueur au point d’entrée, préparer un rapport en vertu de l’art. 44(1) dans lequel il fait état des allégations, et qui est ensuite transmis à un délégué du ministre pour qu’une décision soit prise au titre de l’art. 44(2)—Ni la jurisprudence ni une lecture des dispositions législatives pertinentes n’appuyaient la proposition selon laquelle les agents ont le pouvoir discrétionnaire de se prononcer eux-mêmes sur la question de l’interdiction de territoire sans établir le rapport visé à l’art. 44(1)—Le pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 44(1) autorise les agents d’immigration à signaler dans un rapport leur opinion quant à l’interdiction de territoire d’un demandeur—Les guides opérationnels jettent un éclairage sur le pouvoir discrétionnaire prévu par l’art. 44(1)—Ils prévoient plus particulièrement que les agents ont le pouvoir discrétionnaire de gérer les cas où aucune mesure de renvoi n’est demandée—Ils indiquent également que le pouvoir discrétionnaire des agents n’est pas un pouvoir discrétionnaire ou une compétence qui les autorise à tirer des conclusions déterminantes quant à l’interdiction de territoire—En l’espèce, rien n’indiquait qu’un rapport avait été établi en vertu de l’art. 44(1) ou que l’affaire avait été déférée au délégué du ministre—Cependant, l’agent est parvenu à sa propre détermination quant à l’interdiction de territoire lorsqu’il a déclaré au demandeur qu’il était interdit de territoire au Canada pour fausses déclarations—À cet égard, l’agent a agi sans disposer de la compétence requise et a commis une erreur lorsqu’il a tiré une conclusion quant à l’interdiction de territoire pour fausses déclarations—À ce titre, le demandeur a été privé de l’équité procédurale—L’agent a commis une erreur lorsqu’il a invoqué l’interdiction de territoire pour fausses déclarations comme l’un des motifs d’annulation de l’AVE—Il était raisonnable que l’agent annule l’AVE du demandeur au motif que ce dernier n’était plus habilité à détenir une telle autorisation après qu’il eut retiré sa demande d’entrée au Canada au titre de l’art. 42(1) de la RIPR—En ce qui

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

concerne la conclusion d'interdiction de territoire pour fausses déclarations, il était loisible à l'agent de former sa propre opinion quant à la présentation erronée alléguée en se fondant sur l'entrevue et sur la demande d'AVE du demandeur—Compte tenu de la preuve, il était raisonnable que l'agent ait formé l'opinion selon laquelle le demandeur pouvait être interdit de territoire pour fausses déclarations—Toutefois, il n'avait pas le pouvoir de rendre une décision finale à cet égard—Seul le délégué du ministre ou la Section de l'Immigration sont habilités à faire une telle chose—Par conséquent, l'agent a eu tort de conclure que le demandeur avait fait une présentation erronée et qu'il était donc interdit de territoire—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General), A-382-17, A-383-17, 2020 FCA 103, Nadon J.A., judgment dated June 5, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 4, 2021.

Bell Canada v. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 FCA 140, Dawson J.A., judgment dated September 10, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink) v. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 FCA 140, Dawson J.A., judgment dated September 10, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Brown v. Canada (Citizenship and Immigration), A-274-17, A-282-17, 2020 FCA 130, Rennie J.A., judgment dated August 7, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2021.

Canada (Attorney General) v. Kattenburg, A-312-19, 2020 FCA 164, Stratas J.A., order dated October 6, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021 (*sub nom. Independent Jewish Voices, et al. v. Canada (Attorney General) et al.*).

Girouard v. Canada (Attorney General), A-419-19, 2020 FCA 129, de Montigny J.A., judgment dated August 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused February 25, 2021.

Iberville Developments Limited v. Canada, A-192-18, 2020 FCA 115, Noël C.J., judgment dated July 3, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Keenan v. Canada, 19-A-73, Laskin J.A., order dated April 14, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 18, 2021.

Lafrenière v. Canada (Attorney General), A-104-19, 2020 FCA 110, LeBlanc J.A., judgment dated June 26, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 18, 2021.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général), A-382-17, A-383-17, 2020 CAF 103, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 5 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 mars 2021.

Bell Canada c. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 CAF 140, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Bragg Communications Incorporated (c.o.b. Eastlink) c. British Columbia Broadband Association, A-456-19, A-457-19, 2020 CAF 140, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-274-17, A-282-17, 2020 CAF 130, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 7 août 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2021.

Canada (Procureur général) c. Kattenburg, A-312-19, 2020 CAF 164, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 6 octobre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021 (*sub nom. Voix juives indépendantes, et al. c. Canada (Procureur général), et al.*).

Girouard c. Canada (Procureur général), A-419-19, 2020 CAF 129, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 19 août 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 février 2021.

Iberville Developments Limited c. Canada, A-192-18, 2020 CAF 115, le juge en chef Noël, jugement en date du 3 juillet 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

Keenan c. Canada, 19-A-73, le juge Laskin, J.C.A., ordonnance en date du 14 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mars 2021.

Lafrenière c. Canada (Procureur général), A-104-19, 2020 CAF 110, le juge LeBlanc, J.C.A., jugement en date du 26 juin 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mars 2021.

Lawyers' Professional Indemnity Company v. Canada, A-348-18, 2020 FCA 90, Mactavish J.A., judgment dated May 19, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration), A-1-20, 2020 FCA 145, Stratas J.A., judgment dated September 22, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused March 11, 2021.

Rana v. Teamsters, Local Union No. 938, A-473-19, 2020 FCA 190, Laskin J.A., judgment dated November 4, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused April 1, 2021.

Lawyers' Professional Indemnity Company c. Canada, A-348-18, 2020 CAF 90, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 19 mai 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-1-20, 2020 CAF 145, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 22 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mars 2021.

Rana c. Teamsters, Local Union No. 938, A-473-19, 2020 CAF 190, le juge en chef Laskin, jugement en date du 4 novembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} avril 2021.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 3, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 3, 1^{er} fascicule

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

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

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

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

v.

c.

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

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

and

et

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The Project was first approved in 2016 by an Order in Council issued under section 54 of the *National Energy Board Act*. This approval was successfully challenged in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General) (TWN 2018)* where the Court remitted the matter back to the Governor in Council in order to address the impermissibly under-inclusive nature of the environmental assessment and the Crown's failure to fulfil its duty to consult with Indigenous peoples. The Governor in Council approved the Project for a second time on June 18, 2019 (Order in Council P.C. 2019-820). In that Order, the Governor in Council considered that the consultation efforts made after *TWN 2018* adequately remedied the identified flaws, that those efforts were sufficient to meet the duty to consult and, considering the benefits and detriments of the Project, that the Project was in the public interest and should be approved. The applicants submitted essentially that the Project could not be approved until all of their concerns were resolved to their satisfaction. Some of those concerns included the potential impact of the Project on the aquifer from which the applicant Coldwater Indian Band draws its drinking water supply, the risk of spills of the diluted bitumen that would be carried by the pipeline and the consequences of a spill for the applicant Squamish Nation's rights and interests, and marine shipping. Finally, the applicant Ts'elxwéyeq¹ contended, *inter alia*, that Canada's legal approach in addressing its constitutionally protected fishing right was flawed. It

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

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

Le projet a été approuvé pour la première fois en 2016 par décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Cette approbation a été contestée avec succès dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général) (TWN 2018)*, où la Cour a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil pour corriger le caractère trop limitatif de l'évaluation environnementale sur laquelle reposait l'approbation et le manquement de la Couronne à son obligation de consulter les peuples autochtones. Pour une seconde fois, le gouverneur en conseil a approuvé le projet (décret C.P. 2019-820) le 18 juin 2019. Dans ce décret, le gouverneur en conseil a jugé que les consultations tenues après l'arrêt *TWN 2018* avaient adéquatement pallié les lacunes mises au jour, que les efforts déployés avaient suffi pour permettre à la Couronne de s'acquitter de son obligation de consulter, que le projet, compte tenu de ses avantages et de ses inconvénients, était dans l'intérêt public et qu'il était digne d'approbation. Les observations des demanderesse reviennent à dire qu'on ne peut approuver le projet avant que celles-ci ne soient satisfaites des réponses à toutes leurs préoccupations. Certaines de ces préoccupations portaient notamment sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'aquifère dont les Coldwater tirent leur eau potable, le risque de déversement du bitume dilué qui serait transporté par pipeline et sur les conséquences d'un déversement sur les droits et intérêts des Squamish, et le transport maritime. Enfin, les Ts'elxwéyeq¹ ont soutenu notamment que la thèse

¹ Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwoose

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

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

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

Held, the applications should be dismissed.

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

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

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

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

Arrêt : les demandes doivent être rejetées.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

CASES CITED

APPLIED:

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

CONSIDERED:

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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

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

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

REFERRED TO:

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

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

DÉCISIONS CITÉES :

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

AUTHORS CITED

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

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

APPEARANCES

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

DOCTRINE CITÉE

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

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

ONT COMPARU :

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

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

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

SOLICITORS OF RECORD

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

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

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

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

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

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

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

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Opening observations

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

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

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

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

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

I. Observations préliminaires

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. The standard of review

A. *General considerations*

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

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

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

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

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

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

II. Norme de contrôle

A. *Considérations d’ordre général*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Factors that bear on reasonableness review

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

(1) Empowering legislation

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

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

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

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

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

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

1) Dispositions habilitantes

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

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

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

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

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

(2) The law concerning the duty to consult

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

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

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

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

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

2) Le droit régissant l'obligation de consulter

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Relevance of post-approval consultation

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) The importance of the matter

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

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

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

4) L'importance de l'affaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

rights identified in the consultation process have been appropriately accommodated;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Response to the applicants' specific submissions

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

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

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

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

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

IV. Réponse aux observations précises des demanderesse

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

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

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

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

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

A. *Coldwater*

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

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

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

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

A. *Les Coldwater*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Squamish*

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

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

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

B. *Les Squamish*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[126] We address these points in turn.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Canada did not withhold necessary information

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. *Tsleil-Waututh*

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

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

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

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

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

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

C. *Les Tsleil-Waututh*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (4) Canada’s mandate was appropriately defined

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

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

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

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

- 4) Le mandat du Canada a été correctement défini

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. *Ts’elxwéyeqw*

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

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

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

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

D. *Les Ts’elxwéyeqw*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[202] Fourth, Trans Mountain has committed to hiring a Ts'elxwéyeqw monitor selected by Ts'elxwéyeqw to be on Trans Mountain's inspection team (Dekker affidavit, paragraph 74(1), Canada record, page 09600). Fifth, the Governor in Council amended NEB Condition 6 to require Trans Mountain to add all commitments made during consultations to its commitments tracker, rendering them enforceable by virtue of NEB Condition 2 (NEB Reconsideration Report, page 0861; Order in Council, pages 10–11).

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

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

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

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

[202] Quatrièmement, Trans Mountain s'est engagée à embaucher un surveillant ts'elxwéyeqw sélectionné par les Ts'elxwéyeqw, qui fera partie de l'équipe d'inspection de Trans Mountain (affidavit de Corey Dekker, paragraphe 74(1), dossier du Canada, page 09600). Cinquièmement, le gouverneur en conseil a modifié la condition n° 6 de l'Office pour exiger de Trans Mountain qu'elle ajoute tous les engagements qu'elle a pris lors des consultations à son tableau de suivi des engagements, ce qui les rend obligatoires en vertu de la condition n° 2 de l'Office (Rapport de réexamen de l'Office, page 0861; décret, pages 10 et 11).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Disposition

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

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

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

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

V. Dispositif

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

IMM-1773-19
IMM-2874-19
2020 FC 66

IMM-1773-19
IMM-2874-19
2020 CF 66

Sergio Antonio Reyes Garcia (*Applicant*)

Sergio Antonio Reyes Garcia (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and
The Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et
Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection
civile** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: REYES GARCIA v. CANADA (CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ: REYES GARCIA c. CANADA (CITOYENNETÉ
ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Ahmed J.—Vancouver, September 18,
2019; Ottawa, January 17, 2020.

Cour fédérale, juge Ahmed—Vancouver, 18 septem-
bre 2019; Ottawa, 17 janvier 2020.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) Border Services Officer's (Officer) decision cancelling applicant's electronic travel authorization (ETA) on finding that applicant having misrepresented on ETA, was therefore inadmissible for misrepresentation — Applicant, Mexican, travelling to Canada as visitor — Undergoing secondary examination for in-depth interview with Officer — Found inadmissible for misrepresentation pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 40(1)(a) on Officer's conclusion that applicant misrepresented having been charged with criminal offence — Withdrawing application pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 42(1) — Subsequently, applicant's ETA cancelled pursuant to Regulations, ss. 12.06(e), 12.07 — During process of finding applicant inadmissible, CBSA Officer never preparing Act, s.44(1) report, never sending case to admissibility hearing under Act, s.44(2) — No evidence in record of applicant being advised of consequences of misrepresentation finding nor of five-year bar on entering Canada — Applicant submitting that Officer: found him inadmissible for misrepresentation without proper procedures, jurisdiction; violated procedural fairness; erred in concluding that applicant had misrepresented facts — Whether Officer: having power to find applicant inadmissible for misrepresentation without writing Act, s. 44(1) report, referring matter to Minister's Delegate, as result breaching procedural fairness; erring in cancelling applicant's ETA application; erring in finding that applicant misrepresented on his ETA application — Although Officer not stating five-year bar, bar not deriving from Officer's delegated authority but rather from operation of statute — Applicant not having to be formally "admitted" into Canada before Officer could prepare s. 44(1) report — Respondent misconstruing

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des services frontaliers (l'agent) de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a annulé l'autorisation de voyage électronique (l'AVE) du demandeur après avoir conclu que ce dernier avait fait une présentation erronée sur l'autorisation en question et qu'il était donc interdit de territoire pour fausses déclarations — Le demandeur, un citoyen mexicain, est arrivé au Canada à titre de visiteur — Il a fait l'objet d'un deuxième examen, qui a pris la forme d'une entrevue approfondie avec l'agent — Il a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations aux termes de l'art. 40(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR), suivant la conclusion de l'agent selon laquelle il avait fait une présentation erronée quant à une accusation criminelle portée contre lui — Le demandeur a retiré sa demande aux termes de l'art. 42(1) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le RIPR) — L'AVE a ensuite été annulée au titre des art. 12.06e) et 12.07 du RIPR — Durant tout le processus à l'issue duquel le demandeur a été déclaré interdit de territoire, aucun rapport fondé sur l'art. 44(1) de la LIPR n'a été établi par un agent de l'ASFC, et l'affaire n'a pas non plus été déférée pour enquête aux termes de l'art. 44(2) de la LIPR — Rien dans le dossier n'indiquait que le demandeur a été informé des conséquences liées à un constat d'interdiction de territoire pour fausses déclarations ni de la période d'interdiction d'entrée au Canada de cinq ans — Le demandeur a soutenu que l'agent l'a déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations sans suivre les procédures adéquates; qu'il n'avait pas compétence pour rendre une telle décision; qu'il a enfreint l'équité procédurale; qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il avait fait une présentation erronée quant aux faits — Il s'agissait de savoir

inadmissibility determination process — For finding of inadmissibility, procedure at port of entry requiring officer prepare s. 44(1) report setting out allegations, which report then referred to Minister's Delegate for Act, s. 44(2) determination — Neither case law nor relevant statutory provisions offering support for proposition that officers having discretion to make their own inadmissibility determinations without writing s. 44(1) report — Discretion under s. 44(1) allowing officers to report their opinion of applicant's inadmissibility — Operational Manuals providing guidance on discretionary aspect of s. 44(1) — In particular, stating that officers having flexibility in managing cases where no removal order sought — Also indicating that discretion officers given not discretion or authority for officers themselves to make conclusive inadmissibility determinations — In case at bar, no indication that s. 44(1) report written or that referral made to Minister's Delegate — However, Officer coming to own determination on admissibility by telling applicant he was inadmissible for misrepresentation — In this regard, Officer acting without proper authority, erring in making admissibility finding based on misrepresentation — As such, applicant deprived of procedural fairness — Officer erring in listing inadmissibility for misrepresentation as one of grounds for cancelling ETA — Reasonable for Officer to cancel applicant's ETA on basis that applicant became ineligible to hold it upon withdrawal of his application to enter Canada under Regulations, s. 42(1) — Concerning finding of misrepresentation, open to Officer to form own opinion as to alleged misrepresentation based on interview, applicant's ETA application — Based on evidence, reasonable for Officer to have formed opinion that applicant could be inadmissible on ground of misrepresentation — However Officer not having authority to make final admissibility determination — Only Minister's Delegate or Immigration Division may make such findings — Therefore, Officer erring in finding that applicant misrepresented, was therefore inadmissible — Application allowed.

si l'agent: avait le pouvoir de déclarer le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations sans établir le rapport visé à l'art. 44(1) et sans renvoyer l'affaire à un délégué du ministre, et donc, s'il a enfreint l'équité procédurale; a commis une erreur en annulant la demande d'AVE du demandeur; et a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur avait fait une présentation erronée sur sa demande d'AVE — Bien que l'agent n'ait pas fait état d'une interdiction de cinq ans, celle-ci découle non pas du pouvoir qui lui est délégué, mais plutôt de l'effet de la loi — Le demandeur n'avait pas à être formellement « admis » au Canada avant que l'agent puisse établir le rapport visé à l'art. 44(1) — Le défendeur a mal compris le processus de détermination de l'interdiction de territoire — Pour qu'une interdiction de territoire soit prononcée, un agent doit, conformément à la procédure en vigueur au point d'entrée, préparer un rapport en vertu de l'art. 44(1) dans lequel il fait état des allégations, et qui est ensuite transmis à un délégué du ministre pour qu'une décision soit prise au titre de l'art. 44(2) — Ni la jurisprudence ni une lecture des dispositions législatives pertinentes n'appuyaient la proposition selon laquelle les agents ont le pouvoir discrétionnaire de se prononcer eux-mêmes sur la question de l'interdiction de territoire sans établir le rapport visé à l'art. 44(1) — Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 44(1) autorise les agents d'immigration à signaler dans un rapport leur opinion quant à l'interdiction de territoire d'un demandeur — Les guides opérationnels jettent un éclairage sur le pouvoir discrétionnaire prévu par l'art. 44(1) — Ils prévoient plus particulièrement que les agents ont le pouvoir discrétionnaire de gérer les cas où aucune mesure de renvoi n'est demandée — Ils indiquent également que le pouvoir discrétionnaire des agents n'est pas un pouvoir discrétionnaire ou une compétence qui les autorise à tirer des conclusions déterminantes quant à l'interdiction de territoire — En l'espèce, rien n'indiquait qu'un rapport avait été établi en vertu de l'art. 44(1) ou que l'affaire avait été déférée au délégué du ministre — Cependant, l'agent est parvenu à sa propre détermination quant à l'interdiction de territoire lorsqu'il a déclaré au demandeur qu'il était interdit de territoire au Canada pour fausses déclarations — À cet égard, l'agent a agi sans disposer de la compétence requise et a commis une erreur lorsqu'il a tiré une conclusion quant à l'interdiction de territoire pour fausses déclarations — À ce titre, le demandeur a été privé de l'équité procédurale — L'agent a commis une erreur lorsqu'il a invoqué l'interdiction de territoire pour fausses déclarations comme l'un des motifs d'annulation de l'AVE — Il était raisonnable que l'agent annule l'AVE du demandeur au motif que ce dernier n'était plus habilité à détenir une telle autorisation après qu'il eut retiré sa demande d'entrée au Canada au titre de l'art. 42(1) de la RIPR — En ce qui concerne la conclusion d'interdiction de territoire pour fausses déclarations, il était loisible à l'agent de former sa propre opinion quant à la présentation erronée alléguée en se fondant sur l'entrevue et sur la demande d'AVE du demandeur — Compte tenu de la preuve, il était raisonnable

This was an application for judicial review of a decision of a Canada Border Services Agency (CBSA) Border Services Officer (the Officer) to cancel the applicant's electronic travel authorization (ETA) on a finding that the applicant had misrepresented on the ETA and was therefore inadmissible for misrepresentation.

The applicant is a citizen of Mexico and was travelling from Mexico to Canada as a visitor with his family. Due to the discovery of undeclared currency during baggage inspection, the applicant underwent a secondary examination for an in-depth interview with the Officer. After interviewing the applicant, the Officer concluded that the travel funds in the applicant's possession were suspected proceeds of crime from the money-laundering scheme in Mexico. At the end of the interview, the applicant was found inadmissible for misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) on the Officer's conclusion that the applicant misrepresented having been charged with a criminal offence. The applicant withdrew his application pursuant to subsection 42(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), and subsequently, the applicant's ETA was cancelled pursuant to paragraph 12.06(e) and section 12.07 of the Regulations. At no point during the process in which the applicant was found inadmissible was a subsection 44(1) report prepared by a CBSA officer or the case sent to an admissibility hearing under subsection 44(2) of the Act. Furthermore, the record showed no evidence of the applicant having been advised of the consequences of a misrepresentation finding nor of the five-year bar on entering Canada.

The applicant submitted that the Officer found him inadmissible for misrepresentation without the proper procedures and therefore had no jurisdiction to make such a determination, the Officer violated procedural fairness, and the Officer erred in concluding that the applicant had misrepresented the facts. More specifically, the applicant submitted that the Officer was without jurisdiction to make a finding of misrepresentation pursuant to subsection 40(1)(a) of the Act because a finding of misrepresentation in the context of an application for admission to Canada at a port of entry (POE) can only be made at

que l'agent ait formé l'opinion selon laquelle le demandeur pouvait être interdit de territoire pour fausses déclarations — Toutefois, il n'avait pas le pouvoir de rendre une décision finale à cet égard — Seul le délégué du ministre ou la Section de l'Immigration sont habilités à faire une telle chose — Par conséquent, l'agent a eu tort de conclure que le demandeur avait fait une présentation erronée et qu'il était donc interdit de territoire — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des services frontaliers (l'agent) de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a annulé l'autorisation de voyage électronique (l'AVE) du demandeur après avoir conclu que ce dernier avait fait une présentation erronée sur l'autorisation en question et qu'il était donc interdit de territoire pour fausses déclarations.

Le demandeur, un citoyen mexicain, est arrivé au Canada avec sa famille en provenance du Mexique à titre de visiteur. Comme des espèces non déclarées ont été découvertes lors de l'inspection de ses bagages, il a fait l'objet d'un deuxième examen, qui a pris la forme d'une entrevue approfondie avec l'agent. Après cette entrevue, l'agent a jugé que les fonds de voyage qui se trouvaient en la possession du demandeur étaient des produits soupçonnés d'être issus de la criminalité au Mexique. À la fin de l'entrevue, le demandeur a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations aux termes de l'alinéa 40(1)a de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), suivant la conclusion de l'agent selon laquelle il avait fait une présentation erronée quant à une accusation criminelle portée contre lui. Le demandeur a retiré sa demande aux termes du paragraphe 42(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR), et son AVE a ensuite été annulée au titre de l'alinéa 12.06e) et de l'article 12.07 du RIPR. Durant tout le processus à l'issue duquel le demandeur a été déclaré interdit de territoire, aucun rapport fondé sur le paragraphe 44(1) n'a été établi par un agent de l'ASFC, et l'affaire n'a pas non plus été déférée pour enquête aux termes du paragraphe 44(2) de la LIPR. Par ailleurs, rien dans le dossier n'indiquait que le demandeur a été informé des conséquences liées à un constat d'interdiction de territoire pour fausses déclarations ni de la période d'interdiction d'entrée au Canada de cinq ans.

Le demandeur a soutenu que l'agent l'a déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations sans suivre les procédures adéquates et qu'il n'avait donc pas compétence pour rendre une telle décision, et que l'agent a enfreint l'équité procédurale et a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il avait fait une présentation erronée quant aux faits. Plus particulièrement, le demandeur a fait valoir que l'agent n'avait pas compétence pour tirer une conclusion d'interdiction de territoire pour fausses déclarations aux termes de l'alinéa 40(1)a de la LIPR, car, dans le contexte d'une demande d'admission au Canada

an admissibility hearing. The applicant also submitted that he was not adequately provided with notice of the consequences of an inadmissibility finding and not provided with a chance to respond through the proper channels. He also sought that the Court provide a clear indication that there was no five-year bar from entry. The respondent argued, in particular, that there was no decision to set aside because the Officer did not make a formal determination and thus no misrepresentation finding and that there was nothing in the record regarding the five-year bar.

The issues were whether the Officer had the power to find the applicant inadmissible for misrepresentation without writing a subsection 44(1) report and referring the matter to a Minister's Delegate, and as a result breached procedural fairness; whether the Officer erred in cancelling the applicant's ETA application; and whether the Officer erred in finding that the applicant misrepresented on his ETA application.

Held, the application should be allowed.

Although the Officer did not state a five-year bar, the bar does not derive from the Officer's delegated authority but rather from the operation of statute. Furthermore, the respondent's interpretation of subsection 44(1) and section 18 of the Act was incorrect. The wording of subsection 37(1) of the Regulations shows that one possibility for the end of an examination for a person seeking to enter Canada is a decision under subsection 44(2) of the Act. The applicant did not have to be formally "admitted" into Canada before the Officer could prepare a subsection 44(1) report. Furthermore, the respondent appears to have misconstrued the inadmissibility determination process. For a finding of inadmissibility, the procedure at a POE requires an officer to prepare a subsection 44(1) report setting out allegations, which is then referred to a Minister's Delegate for a subsection 44(2) determination. Pursuant to subsection 44(2) of the Act, the Minister's Delegate may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, if they are of the opinion that the report is well-founded. Whether the Officer acted without proper authority in making his own admissibility determination deserved a close reading and interpretation of the word "may" in subsection 44(1) of the Act and the scope of discretion afforded by the provision. Neither the case law examined nor a reading of the relevant statutory provisions offered support for the proposition that officers have the discretion to make their own admissibility determinations without writing a subsection 44(1) report. The discretion under subsection 44(1) of the Act does not empower immigration officers to make an admissibility finding themselves but rather allows officers to report their opinion of inadmissibility of an applicant should they reach one given

à un point d'entrée (PE), une telle conclusion ne peut être tirée que dans le cadre d'une enquête. Le demandeur a ajouté qu'il n'a pas été adéquatement avisé des conséquences d'une conclusion d'interdiction du territoire et qu'il n'a pas eu la possibilité de répondre par les voies appropriées. Il a également demandé à la Cour d'indiquer clairement qu'il n'est pas visé par une interdiction d'entrée de cinq ans. Le défendeur a fait valoir plus particulièrement qu'il n'y avait aucune décision à infirmer, étant donné que l'agent n'a pas fait de détermination formelle et qu'il n'a donc tiré aucune conclusion d'interdiction de territoire pour fausses déclarations, et que le dossier ne contient aucune mention au sujet de l'interdiction de cinq ans.

Il s'agissait de savoir si l'agent avait le pouvoir de déclarer le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations sans établir le rapport visé au paragraphe 44(1) et sans renvoyer l'affaire à un délégué du ministre, et donc, s'il a enfreint l'équité procédurale; si l'agent a commis une erreur en annulant la demande d'AVE du demandeur; et si l'agent a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur avait fait une présentation erronée sur sa demande d'AVE.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Bien que l'agent n'ait pas fait état d'une interdiction de cinq ans, celle-ci découle non pas du pouvoir qui lui est délégué, mais plutôt de l'effet de la loi. Par ailleurs, l'interprétation du paragraphe 44(1) et de l'article 18 de la LIPR retenue par le défendeur était incorrecte. D'après le libellé du paragraphe 37(1) du RIPR, le contrôle de la personne qui cherche à entrer au Canada prend fin notamment lorsqu'une décision est rendue en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Le demandeur n'avait pas à être formellement « admis » au Canada avant que l'agent puisse établir le rapport visé au paragraphe 44(1). Par ailleurs, le défendeur semble avoir mal compris le processus de détermination de l'interdiction de territoire. Pour qu'une interdiction de territoire soit prononcée, un agent doit, conformément à la procédure en vigueur au PE, préparer un rapport en vertu du paragraphe 44(1) dans lequel il fait état des allégations; ce rapport est ensuite transmis à un délégué du ministre pour qu'une décision soit prise au titre du paragraphe 44(2). Selon cette disposition, le délégué en question peut déférer le rapport à la Section de l'immigration en vue d'une enquête, s'il estime que ce rapport est bien fondé. Pour répondre à la question de savoir si l'agent a agi sans la compétence requise lorsqu'il a tiré sa propre conclusion quant à l'interdiction de territoire, il convenait de lire, de façon attentive, le paragraphe 44(1) de la LIPR, de façon à en dégager l'interprétation du terme « peut » qui y est employé ainsi que la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition. Ni la jurisprudence ni une lecture des dispositions législatives pertinentes n'appuyaient la proposition selon laquelle les agents ont le pouvoir discrétionnaire de se prononcer eux-mêmes sur la question de l'interdiction de territoire sans établir

the evidence before them. An understanding of the discretionary aspect of subsection 44(1) of the Act can also be informed by Immigration, Refugees and Citizenship Canada's (IRCC) Operational Manuals. In particular, "ENF 3: Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings" (ENF 3) notes that a subsection 44(1) report is "the legal document that gives the [Minister's Delegate] the authority to issue a removal order or to refer the matter for an admissibility hearing, as prescribed by R228 and R229." "ENF 5: Writing 44(1) Reports" (ENF 5) outlines the procedure for immigration officers when they make a decision to write a subsection 44(1) report. It states in particular that the discretion officers have gives them flexibility in managing cases where no removal order will be sought, or where the circumstances are such that the objectives of the Act may or will be achieved without the need to write a formal inadmissibility report under the provisions of subsection 44(1) of the Act. The discretion as described in ENF 5 is one that "gives officers flexibility in managing cases", and not a discretion or authority for the officers themselves to make conclusive inadmissibility determinations. In the case at bar, there was no indication that a subsection 44(1) report was written or that a referral was made to the Minister's Delegate. However, during the interview, the Officer came to his own determination on admissibility by telling the applicant that he was inadmissible to Canada for misrepresentation. In this regard, the Officer acted without proper authority and erred in making an admissibility finding based on misrepresentation. As such, the applicant was deprived of the procedural fairness that would have been accorded under subsections 44(1) and 44(2) of the Act.

With respect to the cancellation of the ETA, "ENF 4: Port of entry examinations" (ENF 4) states that a Border Services Officer who is a Minister's Delegate may cancel an ETA when certain conditions are met. One of the conditions to be met is the preparation of a subsection 44(1) report by an officer. However, since a subsection 44(1) report was not prepared in the case at bar, the Officer erred in listing inadmissibility for misrepresentation as one of the grounds for cancelling the ETA. It was reasonable for the Officer to cancel the applicant's ETA on the basis that the applicant had become ineligible to hold it upon withdrawal of his application to enter Canada under subsection 42(1) of the Regulations.

Le rapport visé au paragraphe 44(1). Le pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition de la LIPR autorise les agents d'immigration, non pas à déterminer eux-mêmes l'admissibilité, mais plutôt à signaler dans un rapport leur opinion quant à l'interdiction de territoire d'un demandeur, si la preuve dont ils disposent leur permet de se faire l'opinion en question. Peuvent également jeter un éclairage sur le pouvoir discrétionnaire prévu par le paragraphe 44(1) de la LIPR les guides opérationnels d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC). Plus particulièrement, le guide « ENF 3: Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3) note que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) est « le document juridique qui permet au [délégué du ministre] de prendre une mesure de renvoi de déférer l'affaire pour enquête, conformément à R228 et R229 ». Le guide « ENF 5: Rédaction des rapports en vertu du paragraphe 44(1) » (ENF 5) présente la procédure que doivent suivre les agents d'immigration lorsqu'ils décident d'établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1). Il énonce plus particulièrement que le pouvoir discrétionnaire que possèdent les agents donne à ces derniers une certaine latitude pour gérer les cas d'interdiction de territoire dans les cas où aucune mesure de renvoi n'est demandée ou lorsque les circonstances sont telles que les objectifs de la LIPR peuvent être ou seront atteints sans qu'il soit nécessaire de rédiger un rapport officiel aux termes du paragraphe 44(1) de la LIPR. Le pouvoir discrétionnaire, tel qu'il est décrit dans le guide opérationnel ENF 5, « laisse aux agents la souplesse nécessaire pour gérer les cas »; mais il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence qui les autorise à tirer des conclusions déterminantes quant à l'interdiction de territoire. En l'espèce, rien n'indiquait qu'un rapport avait été établi en vertu du paragraphe 44(1) ou que l'affaire avait été déférée au délégué du ministre. Cependant, durant l'entrevue, l'agent est parvenu à sa propre détermination quant à l'interdiction de territoire lorsqu'il a déclaré au demandeur qu'il était interdit de territoire au Canada pour fausses déclarations. À cet égard, l'agent a agi sans disposer de la compétence requise et a commis une erreur lorsqu'il a tiré une conclusion quant à l'interdiction de territoire pour fausses déclarations. À ce titre, le demandeur a été privé de l'équité procédurale à laquelle il avait droit aux termes des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR.

Relativement à l'annulation de la demande d'AVE, le guide opérationnel ENF 4: « Contrôles aux points d'entrée » (ENF 4) prévoit qu'un agent des services frontaliers qui est délégué du ministre peut annuler une AVE lorsque certaines conditions sont remplies. L'un des critères à remplir est l'établissement par l'agent d'un rapport en application du paragraphe 44(1). Cependant, comme le rapport visé au paragraphe 44(1) n'a pas été établi en l'espèce, l'agent a commis une erreur lorsqu'il a invoqué l'interdiction de territoire pour fausses déclarations comme l'un des motifs d'annulation de l'AVE. Il était raisonnable que l'agent annule l'AVE du demandeur au motif que ce dernier n'était plus habilité à détenir une telle autorisation

Concerning the finding of misrepresentation, it was open to the Officer to form his own opinion as to an alleged misrepresentation based on the interview and the applicant's ETA application based on the evidence before him. Based on the evidence, it was reasonable for the Officer to have formed an opinion that the applicant could be inadmissible on the ground of misrepresentation. However, although it was open to the Officer to form an opinion as to an alleged misrepresentation, the Officer did not have the authority to make a final admissibility determination. Only the Minister's Delegate or the Immigration Division may make such findings. Therefore, the Officer erred in finding that the applicant had misrepresented and that he was therefore inadmissible.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 18, 40(1)(a), 44.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 12.06(e), 12.07, 37(1), 42(1), 228(1).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3; *Awed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354.

AUTHORS CITED

Canada Border Services Agency. E677 – Cross Border Currency or monetary instruments report — Individual.

après qu'il eut retiré sa demande d'entrée au Canada au titre du paragraphe 42(1) de la RIPR.

En ce qui concerne la conclusion d'interdiction de territoire pour fausses déclarations, il était loisible à l'agent de former sa propre opinion quant à la présentation erronée alléguée en se fondant sur l'entrevue et sur la demande d'AVE du demandeur, compte tenu de la preuve dont il disposait. Compte tenu de la preuve, il était raisonnable que l'agent ait formé l'opinion selon laquelle le demandeur pouvait être interdit de territoire pour fausses déclarations. Toutefois, même s'il était loisible à l'agent de se faire une opinion quant à l'interdiction de territoire pour fausses déclarations, il n'avait pas le pouvoir de rendre une décision finale à cet égard; seul le délégué du ministre ou la Section de l'Immigration sont habilités à faire une telle chose. Par conséquent, l'agent a eu tort de conclure que le demandeur avait fait une présentation erronée et qu'il était donc interdit de territoire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 18, 40(1)a), 44.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 12.06e), 12.07, 37(1), 42(1), 228(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 782; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Awed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 469.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354.

DOCTRINE CITÉE

Agence des services frontaliers du Canada. E677 – Déclaration sur les mouvements transfrontaliers d'espèces et d'instruments monétaires — Particulier.

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 3 “Admissibility Hearing and Detention Review Proceedings”.

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 4 “Port of entry examinations”.

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 5 “Writing 44(1) Reports”.

APPLICATION for judicial review of a decision of a Canada Border Services Agency Border Services Officer cancelling the applicant’s electronic travel authorization (ETA) on a finding that the applicant had misrepresented on the ETA and was therefore inadmissible for misrepresentation. Application allowed.

APPEARANCES

Lorne Waldman for applicant.
Kim Sutcliffe for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

AHMED J.:

I. Overview

[1] This case concerns the decision of a Canada Border Services Agency (CBSA) Border Services Officer (the Officer) to cancel the applicant’s electronic travel authorization (ETA) on a finding that the applicant had misrepresented on the ETA and was therefore inadmissible for misrepresentation.

[2] The applicant is a citizen of Mexico, and was travelling from Mexico to Canada as a visitor with his family. Due to the discovery of undeclared currency

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel: Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 3 « Enquêtes et contrôle de la détention ».

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel: Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 4 « Contrôles aux points d’entrée ».

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel: Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 5 « Rédactions des rapports en vertu du L44(1) ».

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent des services frontaliers de l’Agence des services frontaliers du Canada a annulé l’autorisation de voyage électronique du demandeur après avoir conclu que ce dernier avait fait une présentation erronée sur l’autorisation en question et qu’il était donc interdit de territoire pour fausses déclarations. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Lorne Waldman pour le demandeur.
Kim Sutcliffe pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Vancouver, pour le demandeur.

La sous-procureure générale du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

LE JUGE AHMED :

I. Aperçu

[1] La présente affaire concerne la décision par laquelle un agent des services frontaliers (l’agent) de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) a annulé l’autorisation de voyage électronique (l’AVE) du demandeur après avoir conclu que ce dernier avait fait une présentation erronée sur l’autorisation en question et qu’il était donc interdit de territoire pour fausses déclarations.

[2] Le demandeur, un citoyen mexicain, est arrivé au Canada avec sa famille en provenance du Mexique à titre de visiteur. Comme des espèces non déclarées ont

during baggage inspection, the applicant underwent a secondary examination for an in-depth interview with the Officer. At the end of the interview, the applicant was found inadmissible for misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) on the Officer's conclusion that the applicant misrepresented having been charged with a criminal offence. The applicant withdrew his application pursuant to subsection 42(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), and subsequently, the applicant's ETA was cancelled pursuant to paragraph 12.06(e) and section 12.07 of the IRPR.

[3] The applicant submits that the Officer found the applicant inadmissible for misrepresentation without the proper procedures and therefore had no jurisdiction to make such a determination, the Officer violated procedural fairness, and the Officer erred in concluding that the applicant had misrepresented the facts.

[4] For the reasons below, I find the Officer breached procedural fairness and that the Officer's decision is unreasonable. This application for judicial review is granted.

II. Facts

A. *The Applicant*

[5] Sergio Antonio Reyes Garcia (the applicant) is a 44-year-old citizen of Mexico. On January 28, 2018, the applicant applied for an ETA. On the ETA application form, when asked whether he had been charged with or convicted of an offence, the applicant stated that he had never been charged with or convicted of an offence.

[6] On March 3, 2019, the applicant travelled from Mexico City, Mexico to Vancouver International Airport via air. He was accompanied by his wife and their two children. The applicant stated that he was travelling to Whistler, British Columbia for vacation. The applicant had completed an E677 [Cross Border Currency or monetary instruments report — Individual] currency

été découvertes lors de l'inspection de ses bagages, il a fait l'objet d'un deuxième examen, qui a pris la forme d'une entrevue approfondie avec l'agent. À la fin de l'entrevue, il a été déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations aux termes de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), suivant la conclusion de l'agent selon laquelle il avait fait une présentation erronée quant à une accusation criminelle portée contre lui. Le demandeur a retiré sa demande aux termes du paragraphe 42(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR), et son AVE a ensuite été annulée au titre de l'alinéa 12.06e) et de l'article 12.07 du RIPR.

[3] Le demandeur soutient que l'agent l'a déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations sans suivre les procédures adéquates et qu'il n'avait donc pas compétence pour rendre une telle décision; toujours d'après lui, l'agent a enfreint l'équité procédurale et a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il avait fait une présentation erronée quant aux faits.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'estime que l'agent a enfreint l'équité procédurale et que sa décision est déraisonnable. La présente demande de contrôle judiciaire est donc accueillie.

II. Les faits

A. *Le demandeur*

[5] Sergio Antonio Reyes Garcia (le demandeur) est un citoyen mexicain de 44 ans. Le 28 janvier 2018, il a présenté une demande d'AVE et a répondu par la négative à la question figurant sur le formulaire de la demande à savoir s'il avait déjà été accusé ou déclaré coupable d'une infraction.

[6] Le 3 mars 2019, le demandeur s'est rendu par avion de Mexico (Mexique) à l'aéroport international de Vancouver. Accompagné de son épouse et de leurs deux enfants, il a déclaré qu'il se rendait à Whistler (Colombie-Britannique) pour des vacances. Il avait rempli un formulaire E677 [Déclaration sur les mouvements transfrontaliers d'espèces et d'instruments monétaires —

declaration form. However, during the baggage examination, additional unreported currency was discovered. The CBSA Border Services Officer interviewed the applicant concerning the undeclared currency. The Officer writes in his affidavit that the applicant provided multiple inconsistent and contradictory statements when questioned about the origins of the currency. Based on the “legitimate origin concerns of the currency and further possible concerns regarding the [Applicant’s] inadmissibility”, the applicant was subject to a further, more in-depth interview to determine admissibility.

B. The Interview and Decision under Review

[7] During the interview, the Officer asked about the applicant’s business interests and the source of the funds he was carrying with him. The Officer asked where the applicant obtained funds to start his first company, how much the applicant earned in income, and how much money he had in his accounts. The Officer questioned the applicant on the amount of funds he had taken out for his travels, and the applicant told the Officer that a woman named Christina exchanged his money. The applicant stated that he had known Christina for ten years, but appeared to have little knowledge of her beyond the money exchanging services she provided for the applicant.

[8] The Officer delved into the applicant’s companies that he had mentioned and asked if the applicant had been involved in any investigations regarding his businesses or business partners. The applicant responded that he was never investigated. The Officer proceeded to question the applicant on business transactions related to the applicant’s business partner, Manuel Barreiro, who was investigated by Mexican agencies for money laundering. The applicant claimed that the allegations resulted from political issues. The Officer then referred to an article that mentioned the applicant having been charged with an offence relating to illicit origin of funds. The applicant stated he was never charged, although the authorities had wanted to charge him.

Particulier] de déclaration d’espèces. Cependant, durant l’inspection des bagages, d’autres espèces non déclarées ont été découvertes. Il a été passé en entrevue à ce sujet par un agent des services frontaliers de l’ASFC; ce dernier indique dans son affidavit que le demandeur a fait plusieurs déclarations incohérentes et contradictoires lorsqu’on lui a posé des questions au sujet de l’origine des espèces. Compte tenu des [TRADUCTION] « préoccupations légitimes au sujet de l’origine des espèces et d’autres problèmes potentiels ayant trait à l’interdiction de territoire du [demandeur] », ce dernier a été soumis à une entrevue supplémentaire plus approfondie afin de déterminer son admissibilité.

B. L’entrevue et la décision visée par la demande de contrôle judiciaire

[7] Durant l’entrevue, l’agent s’est intéressé aux intérêts commerciaux du demandeur et à la source des fonds qu’il transportait. Il lui a demandé où il avait obtenu les fonds pour démarrer sa première entreprise, à combien s’élevait son revenu et quel était le solde de ses comptes. L’agent a interrogé le demandeur au sujet du montant des fonds qu’il avait retirés en vue de ses voyages et ce dernier lui a dit qu’une certaine Christina avait changé son argent. Le demandeur a précisé qu’il connaissait Christina depuis dix ans, mais il ne semblait pas savoir beaucoup de choses à son sujet, sinon qu’elle lui fournissait des services de change.

[8] L’agent s’est longuement attardé aux entreprises du demandeur dont ce dernier a fait mention et lui a demandé s’il avait fait l’objet d’une enquête concernant ses activités commerciales ou celles de ses associés. Le demandeur a répondu qu’il n’avait jamais été visé par une enquête. L’agent l’a ensuite interrogé au sujet de transactions commerciales liées à son associé, Manuel Barreiro, qui faisait l’objet d’enquêtes par des autorités mexicaines pour blanchiment d’argent. Le demandeur a affirmé que les allégations découlaient de problèmes politiques. L’agent s’est ensuite référé à un article indiquant que le demandeur avait été accusé d’une infraction liée à des fonds de provenance illicite. Ce dernier a déclaré qu’il n’avait jamais été accusé, bien que les autorités aient voulu porter des accusations contre lui.

[9] After a few lines of questioning about Manuel and his businesses, the Officer again turned the focus back to the applicant as to whether he was ever “charged, convicted, or arrested of anything”. The applicant stated he did not understand what being “charged” meant, so a Spanish interpreter was brought in to explain what the term meant in the context of a criminal investigation. Subsequently, the applicant claimed that he understood what being “charged” meant, and answered “yes” to having been charged, and several other questions of the Officer relating to this “charge”.

[10] During the interview, the Officer accessed the applicant’s email on his mobile phone and asked questions about meetings that were set up between the applicant and his contacts who were allegedly accused of money laundering. The Officer concluded that the travel funds in the applicant’s possession were suspected proceeds of crime from the money-laundering scheme in Mexico. The Officer stated:

My conclusion is that this money is suspected proceeds of crime. This money was derived from assertions based on information that you and your fellow co-defendants were charged with money laundering in Mexico in which you were aware of the business dealings of your fellow co-defendants including Barreiro who was orchestrating the movement of money through various shell companies including companies in Canada. By providing false companies and registering companies outside of Mexico, there was vast movement of money to various places around the world including Switzerland and Canada.

[11] The Officer informed the applicant that he was “inadmissible to Canada for misrepresentation”, because he “failed to indicate ‘yes’ on [his] eTa application that [he was] arrested/charged/convicted of a crime” although he purportedly knew of these charges before submitting the ETA application, according to the Officer’s conclusions.

[12] The Officer subsequently advised the applicant that he could re-apply for his ETA, and noted that the

[9] Après quelques questions concernant Manuel et ses affaires, l’agent s’est de nouveau concentré sur le demandeur en lui demandant s’il n’avait jamais été [TRADUCTION] « accusé, déclaré coupable ou arrêté pour quelque raison que ce soit ». Le demandeur a répondu qu’il ne comprenait pas ce que signifiait le terme [TRADUCTION] « accusé », si bien qu’un interprète espagnol a été dépêché sur place pour lui expliquer ce que signifiait ce terme dans le contexte d’une enquête criminelle. Le demandeur a ensuite précisé qu’il comprenait le sens du terme en question, et a répondu « oui » à la question de savoir s’il avait été déjà accusé ainsi qu’à plusieurs autres questions de l’agent se rapportant à cette [TRADUCTION] « accusation ».

[10] Durant l’entrevue, l’agent a consulté le courriel du demandeur à partir de son téléphone cellulaire et l’a interrogé au sujet de ses rencontres avec des contacts qui auraient été accusés de blanchiment d’argent. L’agent a jugé que les fonds de voyage qui se trouvaient en la possession du demandeur étaient des produits soupçonnés d’être issus de la criminalité. L’agent a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Je juge que cet argent est un produit soupçonné d’être issu de la criminalité. Il se rapporte à des affirmations fondées sur des renseignements selon lesquels vous et vos codéfendeurs avez été accusés de blanchiment d’argent au Mexique, et que vous aviez connaissance des transactions commerciales de vos codéfendeurs, y compris M. Barreiro, qui organisait le transfert de fonds par l’intermédiaire de diverses sociétés fictives, dont certaines étaient établies au Canada. La création d’entreprises fictives et l’enregistrement de sociétés hors du Mexique ont permis de réaliser de vastes transferts de fonds vers divers endroits du monde, notamment la Suisse et le Canada.

[11] L’agent a informé le demandeur qu’il était [TRADUCTION] « interdit de territoire au Canada pour fausse déclaration », parce qu’il [TRADUCTION] « n’avait pas répondu “oui” à la question figurant sur [sa] demande d’AVE à savoir [s’il avait déjà été] arrêté/accusé/déclaré coupable d’un crime » alors que, d’après les conclusions de l’agent, il aurait eu connaissance de ces accusations avant de soumettre la demande d’AVE.

[12] L’agent a ensuite avisé le demandeur qu’il pouvait présenter une nouvelle demande d’AVE; il a mentionné

applicant would be required to answer all questions truthfully and provide documentation to confirm that he would not be inadmissible to Canada. The Officer reiterated this again at a later point.

[13] Subsequently, the applicant signed a form titled “Allowed to Leave”, which allowed the applicant to voluntarily withdraw his application to enter Canada under subsection 42(1) of the IRPR. The applicant’s “Withdrawal of the Application to Enter Canada” form stated that the applicant’s ETA was cancelled for the following reasons: “As per section A40(a), You are inadmissible to Canada for Misrepresentation. You have withdrawn your application to enter Canada under subsection 42(1).”

[14] As noted by the applicant, at no point during the process in which the applicant was “found inadmissible” was a subsection 44(1) report prepared by a CBSA Officer or the case sent to an admissibility hearing under subsection 44(2) of the IRPA. From the record, it appears that the Officer drew his own conclusions and determined that the applicant was inadmissible for misrepresentation following the secondary interview. The Officer informed the applicant that he was inadmissible to Canada, and based on the information provided by the Officer, the applicant agreed to withdraw. Furthermore, the record shows no evidence of the applicant having been advised of the consequences of a misrepresentation finding nor of the five-year bar on entering Canada.

III. Issues and Standard of Review

[15] There are three issues that arise on this application for judicial review:

1. Did the Officer have the power to find the applicant inadmissible for misrepresentation without writing a subsection 44(1) report and referring the matter to a Minister’s Delegate, and as a result breach procedural fairness?

que le demandeur devait répondre sincèrement à toutes les questions et fournir des documents confirmant qu’il ne serait pas interdit de territoire au Canada. L’agent a répété ces renseignements ultérieurement.

[13] Le demandeur a ensuite signé un formulaire intitulé « Autorisation de quitter le Canada », qui lui permettait de retirer volontairement sa demande d’entrée au Canada aux termes du paragraphe 42(1) du RIPR. Le formulaire « Retrait de la demande / Permission de partir » du demandeur indiquait que son AVE était annulée pour les motifs suivants: [TRADUCTION] « Aux termes de l’alinéa 40a) de la Loi, vous êtes interdit de territoire au Canada pour fausse déclaration. Vous avez retiré votre demande d’entrée au Canada au titre du paragraphe 42(1) ».

[14] Comme l’a fait remarquer le demandeur, durant tout le processus à l’issue duquel il a été [TRADUCTION] « déclaré interdit de territoire », aucun rapport fondé sur le paragraphe 44(1) n’a été établi par un agent de l’ASFC et l’affaire n’a pas non plus été déférée pour enquête aux termes du paragraphe 44(2) de la LIPR. Au vu du dossier, il semblerait que l’agent ait tiré ses propres conclusions et qu’il ait déclaré le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations à la suite de la deuxième entrevue. L’agent a informé le demandeur qu’il était interdit de territoire au Canada, et d’après les renseignements que l’agent lui a fournis, le demandeur a accepté de retirer sa demande. Par ailleurs, rien dans le dossier n’indique que le demandeur a été informé des conséquences liées à un constat d’interdiction de territoire pour fausses déclarations ni de la période d’interdiction d’entrée au Canada de cinq ans.

III. Les questions à trancher et la norme de contrôle

[15] La présente demande de contrôle judiciaire soulève trois questions à trancher :

1. L’agent avait-il le pouvoir de déclarer le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations sans établir le rapport visé au paragraphe 44(1) et sans renvoyer l’affaire à un délégué du ministre, et donc d’enfreindre l’équité procédurale?

- | | |
|---|---|
| 2. Did the Officer err in cancelling the applicant's ETA application? | 2. L'agent a-t-il commis une erreur en annulant la demande d'AVE du demandeur? |
| 3. Did the Officer err in finding that the applicant misrepresented on his ETA application? | 3. L'agent a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur avait fait une présentation erronée sur sa demande d'AVE? |

[16] As this case was heard prior to the release of the Supreme Court's recent decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the parties' submissions did not reflect the revised framework on standard of review. Nonetheless, in my view, the same standard of review would apply on the issues as under the previous framework in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[16] Comme la présente affaire a été débattue avant la publication de la décision récente rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), les observations des parties ne tenaient pas compte du cadre révisé quant à la norme de contrôle. Mais à mon avis, la même norme de contrôle régirait les questions à trancher suivant le cadre précédent établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[17] Under the *Vavilov* framework, the analysis begins with the presumption of reasonableness. This presumption can be rebutted in two types of situations: first, where the legislature has indicated that it intends a different standard to apply, i.e. where it has explicitly prescribed the applicable standard of review, or where it has provided a statutory appeal mechanism from the administrative decision maker to a court; and second, where the rule of law requires that the standard of correctness be applied, for example in certain categories of legal questions, namely constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions related to the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (*Vavilov*, at paragraph 17).

[17] Suivant le cadre de l'arrêt *Vavilov*, le point de départ de l'analyse est la présomption selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Cette présomption peut être réfutée dans deux types de situations. La première est celle où le législateur précise qu'il a retenu une norme différente, c'est-à-dire qu'il prescrit expressément la norme de contrôle applicable ou prévoit dans la loi un mécanisme par lequel une décision administrative est portée en appel devant une cour de justice. La deuxième est celle où la primauté du droit commande l'application de la norme de la décision correcte, par exemple à l'égard de certaines catégories de questions juridiques, à savoir les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (*Vavilov*, au paragraphe 17).

[18] However, in assessing the Officer's decision to the finding of misrepresentation and the cancellation of the ETA, neither exception to the presumption applies. Thus, issues No. 2 and No. 3 are reviewable on a reasonableness standard.

[18] Cependant, aucune des exceptions à la présomption ne s'applique relativement à l'appréciation de la décision de l'agent en ce qui concerne la conclusion quant à l'interdiction de territoire pour fausses déclarations et l'annulation de l'AVE. Ainsi, les questions en litige 2 et 3 sont soumises à la norme de la décision raisonnable.

[19] Pre-*Vavilov*, issues of procedural fairness were reviewable on a correctness standard (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1

[19] Avant l'arrêt *Vavilov*, les questions d'équité procédurale étaient soumises à la norme de la décision correcte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*,

S.C.R. 339, at paragraph 72). In *Vavilov*, this approach remains the same. In *Vavilov*, at paragraph 23, the Supreme Court writes:

Where a court reviews the merits of an administrative decision (i.e., judicial review of an administrative decisions other than a review related to a breach of natural justice and/or the duty of procedural fairness), the standard of review it applies must reflect the legislature's intent with respect to the role of the reviewing court, except where giving effect to that intent is precluded by the rule of law. The starting point for the analysis is a presumption that the legislature intended the standard of review to be reasonableness.

[20] A reading of paragraphs 76 and 77 in *Vavilov* reveals the Supreme Court's acknowledgement that the "requirements of the duty of procedural fairness in a given case ... will impact how a court conducts reasonableness review." In my view, this is instructive for a reviewing court to first determine whether a duty of procedural fairness exists, and in light of the procedural fairness requirements (if applicable), apply the presumption of the reasonableness standard on the overall decision. In *Vavilov*, the duty of procedural fairness concerned whether reasons for the administrative decision was required and provided (*Vavilov*, at paragraph 78). Having found that reasons for both were required and provided in this case, the Supreme Court moves onto its discussion on whether the decision is substantively reasonable. The following excerpt is also helpful, where the duty of procedural fairness is distinguished from the reasonableness analysis (*Vavilov*, at paragraph 81):

.... The starting point for our analysis is therefore that where reasons are required, they are the primary mechanism by which administrative decision makers show that their decisions are reasonable — both to the affected parties and to the reviewing courts. It follows that the provision of reasons for an administrative decision may have implications for its legitimacy, including in terms both of whether it is procedurally fair and of whether it is substantively reasonable.

2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 72). D'après l'arrêt *Vavilov*, cette approche demeure inchangée. La Cour suprême a écrit ce qui suit au paragraphe 23 de cet arrêt :

Lorsqu'une cour examine une décision administrative sur le fond (c.-à-d. le contrôle judiciaire d'une mesure administrative qui ne comporte pas d'examen d'un manquement à la justice naturelle ou à l'obligation d'équité procédurale), la norme de contrôle qu'elle applique doit refléter l'intention du législateur sur le rôle de la cour de révision, sauf dans les cas où la primauté du droit empêche de donner effet à cette intention. L'analyse a donc comme point de départ une présomption selon laquelle le législateur a voulu que la norme de contrôle applicable soit celle de la décision raisonnable.

[20] Une lecture des paragraphes 76 et 77 de l'arrêt *Vavilov* révèle que la Cour suprême reconnaît que les « exigences de l'obligation d'équité procédurale dans une affaire donnée [...] auront une incidence sur l'exercice par une cour de justice du contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable ». À mon avis, la Cour suprême enjoint ainsi aux cours de révision d'établir tout d'abord s'il existe un devoir d'équité procédurale, puis d'appliquer ensuite la présomption quant à la norme de la décision raisonnable à l'ensemble de la décision, en tenant compte des exigences liées à l'équité procédurale (le cas échéant). Dans l'arrêt *Vavilov*, le devoir d'équité procédurale se rapportait à la question de savoir si les motifs de la décision administrative étaient requis et s'ils avaient été fournis (*Vavilov*, au paragraphe 78). Ayant répondu à ces deux questions par l'affirmative, la Cour suprême s'est ensuite attelée à trancher la question de savoir si la décision était raisonnable sur le fond. L'extrait suivant est également utile, puisqu'il établit une distinction entre le devoir d'équité procédurale et l'analyse selon la norme du caractère raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 81) :

[...] Notre analyse prend donc comme point de départ que, lorsque des motifs sont requis, ceux-ci constituent le mécanisme principal par lequel les décideurs administratifs démontrent le caractère raisonnable de leurs décisions, tant aux parties touchées qu'aux cours de révision. En conséquence, la communication des motifs à l'appui d'une décision administrative est susceptible d'avoir des répercussions sur sa légitimité, à la fois au regard de l'équité procédurale et du caractère raisonnable de ceux-ci sur le fond.

[21] In my view, the correctness standard continues to apply to the issue of procedural fairness in the case at bar.

IV. Statutory Framework

[22] Under paragraph 40(1)(a) of the IRPA, misrepresentation is one of the grounds for inadmissibility when entering Canada. It reads as follows:

Misrepresentation

40 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation

(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act;

[23] Subsection 44(1) of the IRPA describes a report that may be written by an officer upon an alleged inadmissibility of a foreign national or permanent resident and transmitted to the Minister's Delegate. Subsection 44(2) of the IRPA provides that if the report written pursuant to subsection 44(1) is well-founded, the Minister may refer this to the Immigration Division (ID) for an admissibility hearing. The provisions read as follows:

Preparation of report

44 (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Referral or removal order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

[21] À mon avis, la norme de la décision correcte continue de s'appliquer à la question de l'équité procédurale dans l'affaire qui nous occupe.

IV. Le cadre législatif

[22] Aux termes de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR, les fausses déclarations constituent l'un des motifs d'interdiction de territoire à l'entrée au Canada. Cette disposition est libellée ainsi :

Fausse déclarations

40 (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants:

a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi;

[23] Le paragraphe 44(1) de la LIPR décrit le rapport que peut établir un agent s'il estime qu'un étranger ou résident permanent est interdit de territoire, lequel rapport est transmis au délégué du ministre. Aux termes du paragraphe 44(2), si ce rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) est bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration (la SI) en vue d'une enquête. Les dispositions en question sont libellées ainsi :

Rapport d'interdiction de territoire

44 (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

Suivi

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

V. AnalysisA. *Breach of Procedural Fairness*

[24] The applicant submits that the Officer was without jurisdiction to make a finding of misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the IRPA because a finding of misrepresentation in the context of an application for admission to Canada at a port of entry (POE) can only be made at an admissibility hearing. The applicant also submits that he was not adequately provided with notice of the consequences of an inadmissibility finding, and not provided with a chance to respond through the proper channels.

[25] The respondent argues that if a foreign national has not been granted the right to enter Canada upon examination at a POE, they are not “a foreign national ... in Canada” for purposes of section 44 of the IRPA. The respondent bases its submission on the wording in subsection 44(1) and section 18 of the IRPA, and argues that since the applicant had not “entered” Canada when the officer interviewed him, he was not a foreign national in Canada as described in subsection 44(1) of the IRPA, and thus the Officer had no obligation to prepare a subsection 44(1) report.

[26] I note that the parties agree there was no formal finding of inadmissibility. The respondent takes the position that there is no decision to set aside because the Officer did not make a formal determination and thus no misrepresentation finding.

[27] The applicant asks the Court to provide a clear indication that there is no five-year bar from entry, and that the Officer did not have jurisdiction to make a “finding” of inadmissibility.

[28] The respondent, in reply, noted that there is nothing in the record regarding the five-year bar. The respondent submits that the conversation between the Officer and the applicant would have discussed the bar if it had a relevant application to the applicant. The respondent notes that the applicant’s affidavit is the only place where the five-year bar is discussed.

V. AnalyseA. *L’atteinte à l’équité procédurale*

[24] Le demandeur fait valoir que l’agent n’avait pas compétence pour tirer une conclusion d’interdiction de territoire pour fausses déclarations aux termes de l’alinéa 40(1)a) de la LIPR, car, dans le contexte d’une demande d’admission au Canada à un point d’entrée (PE), une telle conclusion ne peut être tirée que dans le cadre d’une enquête. Le demandeur ajoute qu’il n’a pas été adéquatement avisé des conséquences d’une conclusion d’interdiction du territoire et qu’il n’a pas eu la possibilité de répondre par les voies appropriées.

[25] Pour le défendeur, l’étranger qui n’a pas obtenu le droit d’entrer au Canada après un contrôle à un PE n’est pas un « étranger qui se trouve au Canada » aux fins de l’article 44 de la LIPR. Le défendeur appuie son observation sur le libellé du paragraphe 44(1) et celui de l’article 18 de la LIPR, et fait valoir que, comme le demandeur n’était pas « entré » au Canada au moment de son entrevue par l’agent, le demandeur n’était pas un étranger qui se trouvait au Canada au sens du paragraphe 44(1) de la LIPR, et l’agent n’était donc pas tenu d’établir le rapport visé au paragraphe 44(1).

[26] Je note que les parties conviennent qu’aucune conclusion formelle d’interdiction de territoire n’a été tirée. Le défendeur fait valoir qu’il n’y a aucune décision à infirmer, étant donné que l’agent n’a pas fait de détermination formelle et qu’il n’a donc tiré aucune conclusion d’interdiction de territoire pour fausses déclarations.

[27] Le demandeur demande à la Cour d’indiquer clairement qu’il n’est pas visé par une interdiction d’entrée de cinq ans et que l’agent n’avait pas compétence pour le déclarer interdit de territoire.

[28] Le défendeur a mentionné en réplique que le dossier ne contient aucune mention au sujet de l’interdiction de cinq ans. Il affirme que, si cette interdiction s’était avérée pertinente au cas du demandeur, elle aurait été évoquée durant la conversation que l’agent a eue avec lui. Il fait remarquer que seul l’affidavit du demandeur fait mention de l’interdiction de cinq ans.

[29] However, I am not persuaded by the respondent's submissions. Although the Officer did not state a five-year bar, the bar does not derive from the Officer's delegated authority—but rather from the operation of statute. Furthermore, in my view, the respondent's interpretation of subsection 44(1) and section 18 of the IRPA is incorrect. Subsection 37(1) of the IRPR states (with my emphasis added):

End of examination

37 (1) Subject to subsection (2), the examination of a person who seeks to enter Canada, or who makes an application to transit through Canada, ends only when

(a) a determination is made that the person has a right to enter Canada, or is authorized to enter Canada as a temporary resident or permanent resident, the person is authorized to leave the port of entry at which the examination takes place and the person leaves the port of entry;

(b) if the person is an in-transit passenger, the person departs from Canada;

(c) the person is authorized to withdraw their application to enter Canada and an officer verifies their departure from Canada; or

(d) a decision in respect of the person is made under subsection 44(2) of the Act and the person leaves the port of entry.

[30] The wording of subsection 37(1) of the IRPR shows that one possibility for the end of an examination for a person seeking to enter Canada is a decision under subsection 44(2) of the IRPA. The applicant did not have to be formally “admitted” into Canada before the Officer could prepare a subsection 44(1) report. Furthermore, the respondent appears to have misconstrued the inadmissibility determination process. For a finding of inadmissibility, the procedure at a POE requires an officer to prepare a subsection 44(1) report setting out allegations, which is then referred to a Minister's Delegate for a subsection 44(2) determination. Pursuant to subsection 44(2) of the IRPA, the Minister's Delegate may refer the report to the ID for an admissibility hearing, if they are of the opinion that the report is well-founded. Since a report involving allegations of

[29] Cependant, je ne suis pas convaincu par les observations du défendeur. Bien que l'agent n'ait pas fait état d'une interdiction de cinq ans, celle-ci découle non pas du pouvoir qui lui est délégué, mais plutôt de l'effet de la loi. Par ailleurs, l'interprétation du paragraphe 44(1) et de l'article 18 de la LIPR retenue par le défendeur est à mon avis incorrecte. Le paragraphe 37(1) du RIPR prévoit ce qui suit (c'est moi qui souligne) :

Fin du contrôle

37 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le contrôle de la personne qui cherche à entrer au Canada ou qui fait une demande de transit ne prend fin que lorsqu'un des événements ci-après survient:

a) une décision est rendue selon laquelle la personne a le droit d'entrer au Canada ou est autorisée à entrer au Canada à titre de résident temporaire ou de résident permanent, la personne est autorisée à quitter le point d'entrée où le contrôle est effectué et quitte le point d'entrée;

b) le passager en transit quitte le Canada;

c) la personne est autorisée à retirer sa demande d'entrée au Canada et l'agent constate son départ du Canada;

d) une décision est rendue en vertu du paragraphe le paragraphe 44(2) de la Loi à l'égard de cette personne et celle-ci quitte le point d'entrée.

[30] D'après le libellé du paragraphe 37(1) du RIPR, le contrôle de la personne qui cherche à entrer au Canada prend fin notamment lorsqu'une décision est rendue en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Le demandeur n'avait pas à être formellement « admis » au Canada avant que l'agent puisse établir le rapport visé au paragraphe 44(1). Par ailleurs, le défendeur semble mal comprendre le processus de détermination de l'interdiction de territoire. Pour qu'une interdiction de territoire soit prononcée, un agent doit, conformément à la procédure en vigueur au PE, préparer un rapport en vertu du paragraphe 44(1) dans lequel il fait état des allégations; ce rapport est ensuite transmis à un délégué du ministre pour qu'une décision soit prise au titre du paragraphe 44(2). Selon cette disposition, le délégué en question peut déferer le rapport à la SI en vue d'une enquête, s'il estime

misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the IRPA does not fall under one of the circumstances that “shall not be referred to the Immigration Division” pursuant to subsection 228(1) of the IRPR, it follows that the matter would need to be referred to an admissibility hearing as a next step.

[31] Whether the Officer acted without proper authority in making his own admissibility determination deserves a close reading and interpretation of the word “may” in subsection 44(1) of the IRPA and the scope of discretion afforded by the provision.

[32] In *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153 (*Correia*), this Court [at paragraph 19] discussed subsection 44(1) of the IRPA with regard to a CBSA officer’s “formation of the opinion as to inadmissibility” and “the decision to make a report” (*Correia*, at paragraph 20):

The decision to make a report must be considered against the backdrop of this Division of the Act which has as its purpose the removal of certain persons from Canada. The discretion not to report must be extremely limited and rare otherwise it would give to officials a level of discretion not even enjoyed by the responsible Minister.

[33] In case law that discusses the interpretation of subsection 44(1) and the discretion given to officers, the analysis is focused on whether and to what extent officers can consider various factors in making a decision to prepare the subsection 44(1) report. For example, this Court has discussed whether an immigration officer has the discretion to consider humanitarian and compassionate grounds under section 44 of the IRPA, and whether immigration officers are obligated to take factors listed on Immigration, Refugees and Citizenship Canada’s (IRCC) Operational Manuals into consideration (*See Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354, at paragraphs 17–31). *Hernandez v. Canada (Minister of*

que ce rapport est bien fondé. Comme un rapport contenant des allégations de fausses déclarations aux termes de l’alinéa 40(1)a) de la LIPR ne relève pas de l’une des circonstances dans lesquelles « l’affaire n’est pas déferée à la Section de l’immigration » aux termes du paragraphe 228(1) du RIPR, il s’ensuit que l’affaire devrait ensuite être déferée pour enquête.

[31] Pour répondre à la question de savoir si l’agent a agi sans la compétence requise lorsqu’il a tiré sa propre conclusion quant à l’interdiction de territoire, il convient de lire, de façon attentive, le paragraphe 44(1) de la LIPR, de façon à en dégager l’interprétation du terme « peut » qui y est employé ainsi que la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition.

[32] Dans la décision *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 782 (*Correia*), la Cour [au paragraphe 19] a analysé le paragraphe 44(1) de la LIPR eu égard au pouvoir de l’agent de l’ASFC de « prendre une décision à l’égard de l’interdiction de territoire » et de « décider s’il établit un rapport » (*Correia*, au paragraphe 20) :

La décision d’établir un rapport doit être évaluée en prenant en compte la toile de fond de la section de la Loi qui a comme but le renvoi de certaines personnes du Canada. Le pouvoir discrétionnaire qui consiste à ne pas préparer un rapport doit être extrêmement limité et rare sans quoi il donnerait aux fonctionnaires un pouvoir discrétionnaire d’un niveau que même le ministre responsable n’a pas.

[33] La jurisprudence portant sur l’interprétation du paragraphe 44(1) et le pouvoir discrétionnaire conféré aux agents s’attarde sur la question de savoir si les agents peuvent tenir compte de divers facteurs lorsqu’ils décident d’établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1) et dans quelle mesure ils peuvent le faire. Par exemple, la Cour a examiné la question de savoir si un agent d’immigration a le pouvoir discrétionnaire de tenir compte des motifs d’ordre humanitaire sous le régime de l’article 44 de la LIPR, et si les agents d’immigration sont obligés de tenir compte des guides opérationnels d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) (voir *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354, aux paragraphes 17 à 31). La décision

Citizenship and Immigration), 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, at paragraph 29 offers an example as well (emphasis in original):

In spite of this clarity regarding inadmissibility under paragraph 36(1)(a), subsection 44(1) allows a residual discretion in the immigration officer. Once the immigration officer reaches his opinion of inadmissibility, the officer “may prepare a report setting out the relevant facts”. The IRPA does not set out what “relevant facts” would be. Nor does it confine the discretion of the officer in preparing a report. Parliament has not provided any direction to how these officials are to carry out their duties under these provisions.

[34] Neither the jurisprudence nor a reading of the relevant statutory provisions offer support for the proposition that officers have the discretion to make their own admissibility determinations without writing a subsection 44(1) report. The discretion under subsection 44(1) of the IRPA does not empower immigration officers to make an admissibility finding themselves, but rather allows officers to report their opinion of inadmissibility of an applicant, should they reach one given the evidence before them.

[35] Although the case at bar involves a non-criminal inadmissibility section, I note that some cases involving inadmissibility based on criminality even go as far to completely reduce the discretion that officers may have in writing subsection 44(1) reports, and treat it merely as “an administrative function”, which demonstrates that in certain cases, officers have a severely narrowed discretion and are essentially required to write the subsection 44(1) report. *Awed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233, at paragraphs 10 and 18 notes two such cases:

In *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153, 2004 FC 782, Justice Michael Phelan viewed the report made by the officer under s. 44(1) as essentially an administrative function,

Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3, au paragraphe 29, offre également un exemple (souligné dans l’original) :

Malgré l’interdiction de territoire clairement prévue à l’alinéa 36(1)a), le paragraphe 44(1) laisse un pouvoir discrétionnaire résiduel à l’agent d’immigration puisqu’il prévoit que lorsque celui-ci estime l’intéressé interdit de territoire, il « peut établir un rapport circonstancié ». La LIPR ne précise pas quelles circonstances (relevant facts) doivent y être indiquées et elle ne circonscrit pas non plus l’étendue du pouvoir discrétionnaire exercé dans la préparation du rapport. Le législateur n’a formulé aucune ligne directrice sur l’accomplissement des fonctions prévues par ces dispositions.

[34] Ni la jurisprudence ni une lecture des dispositions législatives pertinentes n’appuient la proposition selon laquelle les agents ont le pouvoir discrétionnaire de se prononcer eux-mêmes sur la question de l’interdiction de territoire sans établir le rapport visé au paragraphe 44(1). Le pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition de la LIPR autorise les agents d’immigration, non pas à déterminer eux-mêmes l’admissibilité, mais plutôt à signaler dans un rapport leur opinion quant à l’interdiction de territoire d’un demandeur, si la preuve dont ils disposent leur permet de se faire l’opinion en question.

[35] Bien que l’affaire dont je suis saisi porte sur une disposition prévoyant une interdiction de territoire pour des motifs non criminels, je constate que certaines décisions, dans lesquelles l’interdiction de territoire reposait sur la criminalité, vont jusqu’à réduire complètement le pouvoir discrétionnaire éventuel des agents établissant des rapports en vertu du paragraphe 44(1), décrits simplement comme étant de « nature administrative ». Cela démontre que, dans certains cas, ce pouvoir discrétionnaire est sérieusement restreint et que les agents sont essentiellement tenus d’établir le rapport visé au paragraphe 44(1). La décision *Awed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 469, aux paragraphes 10 et 18, mentionne deux affaires de ce type :

Dans la décision *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2004), 253 F.T.R. 153, 2004 C.F. 782, le juge Michael Phelan a dit que le rapport établi par l’agent en vertu du paragraphe 44(1) est

lacking any scope for the exercise of discretion on the part of the officer. The report under subsection 44(1), he concluded, is restricted to the relevant facts, and in the case of criminality the relevant facts are those pertaining to the fact of conviction. ...

...

In my view, where an interview is held under s. 44 (1), the purpose of the interview is simply to confirm the facts that may support the formation of an opinion by the officer that a permanent resident or foreign national present in Canada is inadmissible. The use of the word “may” in s. 44(1) does not connote discretion but merely that the officer is authorized to perform an administrative function: *Ruby v. Canada (Solicitor General)* (C.A.), [2000] 3 F.C. 589 at 623 – 626, 187 D.L.R. (4th) 675 (F.C.A.).

[36] An understanding of the discretionary aspect of subsection 44(1) of the IRPA can also be informed by IRCC’s Operational Manuals. “ENF 3: Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings” (ENF 3) notes [at page 14] that a subsection 44(1) report is “the legal document that gives the [Minister’s Delegate] the authority to issue a removal order or to refer the matter for an admissibility hearing, as prescribed by R228 and R229.”

[37] “ENF 5: Writing 44(1) Reports” (ENF 5) outlines the procedure for immigration officers when they make a decision to write a subsection 44(1) report. It provides guidance as follows (ENF 5, page 8) (my own emphasis added):

The fact that officers have the discretionary power to decide whether or not to write an inadmissibility report does not mean that they can disregard the fact that someone is, or may be, inadmissible, or that they can grant status to that person under A21 and A22. Rather, this discretion gives officers flexibility in managing cases where no removal order will be sought, or where the circumstances are such that the objectives of the Act may or will be achieved without the need to write a formal inadmissibility report under the provisions of A44(1).

essentiellement de nature administrative; celui-ci ne dispose d’aucun pouvoir discrétionnaire. Il a conclu que, aux termes du paragraphe 44(1), il s’agit obligatoirement d’un rapport circonstancié et, dans le cas de criminalité, ce rapport ne porte que sur les circonstances qui ont donné lieu à la déclaration de culpabilité [...]

[...]

Je suis d’avis que, lorsqu’une entrevue est tenue en application du paragraphe 44(1), elle a pour objet de simplement confirmer les faits qui peuvent éventuellement amener l’agent à conclure que le résident permanent ou ressortissant étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire. Le terme « peut » dans le paragraphe 44(1) ne connote pas un pouvoir discrétionnaire; il indique simplement que l’agent est autorisé à remplir une fonction administrative: *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* (C.A.), [2000] 3 C.F. 589, aux pages 623 à 626, 187 D.L.R. (4th) 675 (C.A.F.).

[36] Les guides opérationnels d’IRCC peuvent également jeter un éclairage sur le pouvoir discrétionnaire prévu par le paragraphe 44(1) de la LIPR. Le guide « ENF 3: Enquêtes et contrôle de la détention » (ENF 3) note [à la page 14] que le rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) est « le document juridique qui permet au [délégué du ministre] selon le cas, de prendre une mesure de renvoi de déférer l’affaire pour enquête, conformément à R228 et R229 ».

[37] Le guide « ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du paragraphe 44(1) » (ENF 5) présente la procédure que doivent suivre les agents d’immigration lorsqu’ils décident d’établir un rapport en vertu du paragraphe 44(1). Ce document fournit les directives suivantes (ENF 5, page 17) (c’est moi qui souligne) :

Les agents disposent du pouvoir discrétionnaire de décider s’ils doivent ou non rédiger un rapport d’interdiction de territoire. Cependant, ce pouvoir ne permet pas aux agents de passer outre le fait que quelqu’un soit interdit de territoire ou puisse l’être, ni ne leur permet d’octroyer un statut à cette personne en vertu des L21 et L22. Par contre, ce pouvoir discrétionnaire laisse aux agents la souplesse nécessaire pour gérer les cas où aucune mesure de renvoi ne sera prise ou dont les conditions sont telles que les objectifs de la Loi peuvent être atteints ou le seront, sans qu’il soit nécessaire de rédiger un rapport formel d’interdiction de territoire en vertu des clauses du L44(1).

[38] The discretion as described in ENF 5 is one that “gives officers flexibility in managing cases”, and not a discretion or authority for the officers themselves to make conclusive inadmissibility determinations. ENF 5 provides further insight into the nature of discretion and the word “may” in subsection 44(1) of the IRPA through a list of factors. A non-exhaustive list of factors for officers to consider in assessing a non-criminal inadmissibility includes: whether the person is already the subject of a removal order; whether the person is already subject to a separate inadmissibility report that will likely result in a removal order; whether the person has been fully counselled on the topic of their inadmissibility; and whether there is any evidence of misrepresentation.

[39] On a plain reading, some of these factors allude to situations where an officer could exercise the discretion not to write a subsection 44(1) report because the preparation of a separate subsection 44(1) report would result in duplicated efforts for removal if the person concerned is likely to be or already subject to a removal order. None of the listed factors indicate that the discretion for an officer not to write a subsection 44(1) report flows from some authority of the officer to make an admissibility determination on their own.

[40] In the case at bar, there was no indication that a subsection 44(1) report was written or that a referral was made to the Minister’s Delegate. However, during the interview, the Officer came to his own determination on admissibility by stating, “You are inadmissible to Canada for misrepresentation. You failed to indicate ‘yes’ on your eTa application that you were arrested/charged/convicted of a crime”. In this regard, the Officer acted without proper authority and erred in making an admissibility finding based on misrepresentation. As such, the applicant was deprived of the procedural fairness that

[38] Le pouvoir discrétionnaire, tel qu’il est décrit dans le guide opérationnel ENF 5, « laisse aux agents la souplesse nécessaire pour gérer les cas »; mais il ne s’agit pas d’un pouvoir discrétionnaire ou d’une compétence qui les autorise à tirer des conclusions déterminantes quant à l’interdiction de territoire. Ce guide jette, au moyen d’une liste de facteurs, un éclairage additionnel sur la nature du pouvoir discrétionnaire en question et sur le terme « peut » employé au paragraphe 44(1) de la LIPR. Cette liste non exhaustive que les agents peuvent consulter lorsqu’ils évaluent les cas d’interdiction de territoire fondés sur des motifs non criminels comprend notamment la question de savoir si l’intéressé est déjà visé par une mesure de renvoi; si l’intéressé est déjà visé par un rapport distinct d’interdiction de territoire qui aboutira probablement à une mesure de renvoi; si l’intéressé est parfaitement renseigné sur le fait qu’il est interdit de territoire, et s’il y a une preuve quelconque de présentation erronée.

[39] Il apparaît clairement, à la lecture de ces facteurs, que certains d’entre eux renvoient à des situations dans lesquelles un agent peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas établir le rapport visé au paragraphe 44(1), parce que l’établissement d’un rapport distinct en vertu de cette disposition donnerait lieu à un dédoublement des démarches de renvoi si la personne concernée est susceptible d’être visée, ou est déjà visée, par une mesure de renvoi. Aucun des facteurs énumérés n’indique que le pouvoir discrétionnaire de l’agent de ne pas établir le rapport visé au paragraphe 44(1) découle d’une compétence l’autorisant à déterminer lui-même l’interdiction de territoire.

[40] En l’espèce, rien n’indique qu’un rapport a été établi en vertu du paragraphe 44(1) ou que l’affaire avait été déférée au délégué du ministre. Cependant, durant l’entrevue, l’agent est parvenu à sa propre détermination quant à l’interdiction de territoire lorsqu’il a déclaré ceci: [TRADUCTION] « Vous êtes interdit de territoire au Canada pour fausses déclarations. Vous n’avez pas répondu “oui” à la question figurant sur votre demande d’AVE à savoir si vous aviez déjà été arrêté/accusé/déclaré coupable d’un crime ». À cet égard, l’agent a agi sans disposer de la compétence requise et a commis une

would have been accorded under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA.

B. *Cancellation of ETA Application*

[41] As the applicant notes, “ENF 4: Port of entry examinations” (ENF 4) states that a Border Services Officer who is a Minister’s Delegate may cancel an ETA when certain conditions are met. It reads as follows [at page 73]:

As per the CBSA OB PRG-2016-22, a BSO who is an MD (refer to OPS-2015-12 OB) may cancel an ETA when the following conditions are met:

- Following the preparation of an A44(1) report by an officer; and
- If the foreign national is subject to an enforceable removal order issued by the MD; and
- Following a review of the report by an MD who forms his/her own conclusions regarding inadmissibility based on careful considerations of facts and evidence and only after having met the fairness requirement.
- If the MD does not have the delegated authority to issue a removal order and instead refers the report to the Immigration Division (ID) for an admissibility hearing, a decision on ETA cancellation should be deferred until a removal order is issued as a result of the admissibility hearing.
- The cancellation of the ETA should not merely be based on the fact that a removal order has been issued, unless the delegated officer forms his/her own conclusions concerning inadmissibility. This should be articulated in the officer notes.

[42] One of the conditions to be met is “the preparation of an A44(1) report by an officer” (ENF 4, section 13.14

erreur lorsqu’il a tiré une conclusion quant à l’interdiction de territoire pour fausses déclarations. À ce titre, le demandeur a été privé de l’équité procédurale à laquelle il avait droit aux termes des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR.

B. *L’annulation de la demande d’AVE*

[41] Comme le fait remarquer le demandeur, le guide opérationnel ENF 4: « Contrôles aux points d’entrée » (ENF 4) prévoit qu’un agent des services frontaliers qui est délégué du ministre peut annuler une AVE lorsque certaines conditions sont remplies. Ce guide indique [à la page 78] :

Conformément au BO PRG-2016-22 de l’ASFC, un agent des services frontaliers qui est un délégué du ministre (consulter le BO OPS-2015-12) peut annuler une AVE quand les critères suivants sont remplis :

- à la suite de l’établissement par l’agent d’un rapport en application du paragraphe L44(1);
- si l’étranger fait l’objet d’une mesure de renvoi exécutoire prise par le délégué du ministre;
- à la suite d’un examen du rapport par un délégué du ministre qui conclut lui-même que l’étranger est interdit de territoire en se fondant sur une étude minutieuse des faits et des éléments de preuve, et seulement après avoir satisfait à l’exigence en matière d’équité.
- Si le délégué du ministre n’a pas le pouvoir délégué de prendre une mesure de renvoi et qu’il défère plutôt le rapport à la Section de l’immigration (SI) pour enquête, la décision concernant l’annulation d’une AVE doit être reportée jusqu’à ce qu’une mesure de renvoi puisse être prise au terme de l’enquête.
- L’annulation d’une AVE ne doit pas se fonder uniquement sur le fait qu’une mesure de renvoi a été prise, à moins que l’agent ayant le pouvoir délégué ne conclue lui-même que l’étranger est interdit de territoire. Les notes de l’agent doivent fournir des explications à ce sujet.

[42] L’un des critères à remplir est « l’établissement par l’agent d’un rapport en application du paragraphe L44(1) »

“ETA validity and cancellation”). However, since a subsection 44(1) report was not prepared in the case at bar, the Officer erred in listing inadmissibility for misrepresentation as one of the grounds for cancelling the ETA.

[43] The respondent submits that the Officer properly cancelled the applicant’s ETA because the applicant had voluntarily withdrawn his application to enter Canada pursuant to subsection 42(1) of the IRPR. The respondent relies on paragraph 12.06(e) of the IRPR for this proposition. Paragraph 12.06(e) of the IRPR states that a foreign national who holds an ETA becomes “ineligible” to hold the ETA upon withdrawal of their application to enter Canada. Furthermore, section 12.07 of the IRPR states:

Cancellation

12.07 An officer may cancel an electronic travel authorization that was issued to a foreign national if the foreign national is inadmissible or becomes ineligible to hold such an authorization under section 12.06.

[44] The respondent submits that based on the interview conversation and the evidence before him, it was reasonable for the Officer to cancel the ETA. The respondent argues that the Officer relied on the interview and open source articles, which pointed to charges against the applicant.

[45] However, the applicant notes that while the open source articles discuss investigations, they do not mention formal charges. The applicant asserts the decision to make a misrepresentation finding based on this information was unreasonable because the articles never clearly stated that there were charges.

[46] In my view, it was reasonable for the Officer to cancel the applicant’s ETA on the basis that the applicant had become ineligible to hold it upon withdrawal of his application to enter Canada under subsection 42(1) of the IRPR. That being said, however, the Officer erred in

(ENF 4, section 13.14 « Validité et annulation de l’AVE »). Cependant, comme le rapport visé au paragraphe 44(1) n’a pas été établi en l’espèce, l’agent a commis une erreur lorsqu’il a invoqué l’interdiction de territoire pour fausses déclarations comme l’un des motifs d’annulation de l’AVE.

[43] Le défendeur fait valoir que l’agent a dûment annulé l’AVE du demandeur, étant donné que ce dernier avait volontairement retiré sa demande d’entrée au Canada aux termes du paragraphe 42(1) de la RIPR. Il invoque l’alinéa 12.06e) du RIPR à l’appui de cet argument. Cette disposition prévoit que l’étranger détenant une AVE qui retire sa demande d’entrée au Canada n’est plus « habilité » à en détenir une. Par ailleurs, l’article 12.07 du RIPR prévoit :

Annulation

12.07 Un agent peut annuler une autorisation de voyage électronique délivrée à un étranger si ce dernier est interdit de territoire ou s’il n’est plus habilité, aux termes de l’article 12.06, à en détenir une.

[44] Le défendeur soutient qu’il était raisonnable que l’agent annule l’AVE, compte tenu de la conversation qui s’est déroulée durant l’entrevue et de la preuve dont il disposait. Toujours d’après le défendeur, l’agent s’est fondé sur l’entrevue et sur des articles accessibles au public, lesquels donnaient à penser que le demandeur avait fait l’objet d’accusations.

[45] Le demandeur fait toutefois remarquer que, même si les articles accessibles au public évoquent des enquêtes, ceux-ci ne font mention d’aucune accusation formelle. Il affirme qu’il était déraisonnable de tirer une conclusion d’interdiction de territoire pour fausses déclarations sur la base de ces renseignements, étant donné que ces articles n’ont jamais clairement mentionné que des accusations avaient été portées.

[46] À mon avis, il était raisonnable que l’agent annule l’AVE du demandeur au motif que ce dernier n’était plus habilité à détenir une telle autorisation après qu’il eut retiré sa demande d’entrée au Canada au titre du paragraphe 42(1) de la RIPR. Cela dit, l’agent a toutefois eu

finding that misrepresentation was a ground for cancellation of the ETA.

C. Finding of Misrepresentation

[47] The applicant submits that the Officer erred in finding that the applicant misrepresented, as he was never charged with an offence in Mexico. The applicant notes in his affidavit that he answered “yes” to a question related to allegations made against him, but claims that he never stated he had been charged with an offence.

[48] The respondent submits that the Officer’s finding of misrepresentation was reasonable as it was based on the applicant’s answers in his ETA application and those given during the interview. The respondent argues that the Officer presented public source information regarding the alleged money laundering, and the applicant had an opportunity to respond to the Officer’s concerns.

[49] In my view, it was open to the Officer to form his own opinion as to an alleged misrepresentation based on the interview and the applicant’s ETA application based on the evidence before him. The applicant stated in his application that he had never been charged with or convicted of an offence. Then during the interview, when it appeared that the applicant did not fully understand what being “charged” meant, an on-site Spanish interpreter was brought in to explain the term’s meaning in the context of a criminal investigation. The Officer provided instructions for the interpreter to explain to the applicant the meaning of “charged” and its distinction from a conviction. The applicant subsequently stated that he “understand[s] now what charge means”. Then upon the Officer’s question as to whether he was charged with anything, the applicant replied, “Yes, I was”—an answer contrary to what he had stated in the ETA application. Based on the evidence, it was reasonable for the Officer to have formed an opinion that the applicant could be inadmissible on the ground of misrepresentation.

tort de conclure que de fausses déclarations justifiaient d’annuler l’AVE.

C. La conclusion d’interdiction de territoire pour fausses déclarations

[47] Le demandeur fait valoir que l’agent a eu tort de conclure qu’il avait fait une présentation erronée, étant donné qu’il n’avait jamais été accusé d’une infraction au Mexique. Il fait remarquer dans son affidavit qu’il a répondu « oui » à une question qui évoquait des allégations portées contre lui, mais il affirme n’avoir jamais déclaré qu’il avait été accusé d’une infraction.

[48] Le défendeur soutient que la conclusion d’interdiction de territoire pour fausses déclarations tirée par l’agent était raisonnable, attendu qu’elle reposait sur les réponses fournies par le demandeur dans sa demande d’AVE et à l’entrevue. Toujours d’après le défendeur, l’agent a présenté des renseignements accessibles au public au sujet d’allégations de blanchiment d’argent, et le demandeur avait la possibilité de dissiper ses préoccupations.

[49] À mon avis, il était loisible à l’agent de former sa propre opinion quant à la présentation erronée alléguée en se fondant sur l’entrevue et sur la demande d’AVE du demandeur, compte tenu de la preuve dont il disposait. Le demandeur a déclaré dans sa demande qu’il n’avait jamais été accusé ou déclaré coupable d’une infraction. Puis, lorsqu’il n’a pas semblé totalement comprendre ce que signifiait le terme [TRADUCTION] « accusé » durant l’entrevue, un interprète espagnol a été dépêché sur place pour lui expliquer le sens de ce terme dans le contexte d’une enquête criminelle. L’agent a fourni à l’interprète des instructions, pour que ce dernier explique au demandeur le sens du terme [TRADUCTION] « accusé » et effectue une distinction entre ce concept et celui de déclaration de culpabilité. Le demandeur a ensuite déclaré [TRADUCTION] « comprendre [...] à présent ce que signifie le terme accusé ». Puis, lorsque l’agent lui a demandé s’il avait déjà été accusé de quoi que ce soit, le demandeur a répondu: [TRADUCTION] « Oui, je l’ai été » — une réponse qui contredisait les renseignements fournis dans la demande d’AVE. Compte tenu de la preuve, il était raisonnable que l’agent ait formé l’opinion selon

[50] However, although it was open to the Officer to form an opinion as to an alleged misrepresentation, as I noted above, the Officer did not have the authority to make a final admissibility determination. Only the Minister's Delegate or the ID may make such findings. Therefore, the Officer erred in finding that the applicant had misrepresented and that he was therefore inadmissible.

VI. Certified Question

[51] Counsel for each party was asked if there were any questions requiring certification. They each stated that there were no questions for certification and I concur.

VII. Conclusion

[52] The Officer's decision is unreasonable and the Officer breached procedural fairness. The Officer erred in making his own determination of an admissibility finding, as he lacked authority to do so. For an admissibility finding, the Officer was required to prepare and transmit a subsection 44(1) report to the Minister's Delegate. As the Officer acted without jurisdiction, he stripped the applicant of procedural fairness that the applicant would have been provided with under the proper procedure. Moreover, the Officer erred in listing inadmissibility based on misrepresentation as a ground for cancelling the ETA. Lastly, the Officer erred in finding the applicant had misrepresented. He simply could not conclude so, for the reasons stated above.

[53] Therefore, this application for judicial review is allowed.

laquelle le demandeur pouvait être interdit de territoire pour fausses déclarations.

[50] Mais comme je l'ai déjà noté, même s'il était loisible à l'agent de se faire une opinion quant à l'interdiction de territoire pour fausses déclarations, il n'avait pas le pouvoir de rendre une décision finale à cet égard; seuls le délégué du ministre et la SI sont habilités à faire une telle chose. Par conséquent, l'agent a eu tort de conclure que le demandeur avait fait une présentation erronée et qu'il était donc interdit de territoire.

VI. Question certifiée

[51] Il a été demandé aux avocats de chaque partie si des questions devaient être certifiées. Ils ont chacun précisé qu'aucune question de ce type ne se posait et je suis d'accord avec eux.

VII. Conclusion

[52] La décision de l'agent est déraisonnable et ce dernier a enfreint l'équité procédurale. L'agent a eu tort de déterminer lui-même l'interdiction de territoire, car il n'avait pas la compétence requise pour ce faire. Dans un tel cas, il devait plutôt établir un rapport conformément au paragraphe 44(1) et le transmettre au délégué du ministre. Ayant agi sans compétence, il a privé le demandeur de l'équité procédurale dont il aurait bénéficié si la procédure adéquate avait été suivie. De plus, l'agent a commis une erreur en invoquant l'interdiction de territoire pour fausses déclarations comme motif d'annulation de l'AVE. Enfin, l'agent a eu tort de conclure que le demandeur avait fait une présentation erronée. Il ne pouvait tout simplement pas tirer une telle conclusion, pour les motifs susmentionnés.

[53] Par conséquent, il est fait droit à la présente demande de contrôle judiciaire.

JUDGMENT in IMM-1773-19 and IMM-2874-19

JUGEMENT dans le dossier IMM-1773-19 et
IMM-2874-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE que :

1. The decisions under review are set aside and the matters referred back for redetermination by a different officer.
2. No question is certified.

1. Les décisions à l'examen sont annulées et les affaires sont renvoyées à un autre agent pour nouvelle décision.
2. Aucune question n'est certifiée.

A-92-19
2020 FCA 45

A-92-19
2020 CAF 45

Canadian National Railway Company (*Appellant*)

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada
(*appelante*)

v.

c.

BNSF Railway Company (*Respondent*)

BNSF Railway Company (*intimée*)

and

et

Intellectual Property Institute of Canada (*Intervener*)

Institut de la propriété intellectuelle du Canada
(*intervenant*)

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v.
BNSF RAILWAY COMPANY**

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER
NATIONAUX DU CANADA c. BNSF RAILWAY COMPANY**

Federal Court of Appeal, Boivin, Gleason and Rivoalen J.J.A.—Montreal, December 16, 2019; Ottawa, February 17, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, Gleason et Rivoalen, J.C.A.—Montréal, 16 décembre 2019; Ottawa, 17 février 2020.

Patents — Practice — Protective orders — Appeal from Federal Court order dismissing motion brought jointly by appellant, respondent seeking protective order in dispute concerning intellectual property — Appellant, respondent, two major corporations competing in freight transportation business in North America — Underlying dispute related to patented technology that allows customers to arrange rail shipments online — Motions Judge questioning established practice of issuing protective orders in view of recent Federal Court decisions — Finding that, in present case, protective order not necessary because “reasonably alternative measures” available to parties — At issue herein was applicable test to determining whether protective order should be granted; whether motions Judge erring in denying protective order jointly sought by appellant, respondent — In Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), Supreme Court establishing new test for confidentiality orders, addressing test set out in AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare), which concerns protective orders — While Supreme Court relying on AB Hassle test regarding protective orders in Sierra Club, doing so in specific context; not extending AB Hassle test to include consideration of necessity, alternative measures, etc. — Necessity element of Sierra Club not applying in context of protective orders — In present case, motions Judge extending necessity element of test for confidentiality orders to motions for protective orders — Motions Judge thus rejecting AB Hassle test for protective orders cited with approval in Sierra Club — Applying confidentiality order criteria without distinction to protective order — Motions

Brevets — Pratique — Ordonnances conservatoires — Appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale ayant rejeté la requête conjointe de l'appelante et de l'intimée qui sollicitaient une ordonnance conservatoire dans une affaire soulevant une question de propriété intellectuelle — L'appelante et l'intimée sont deux importantes concurrentes dans le transport de marchandises en Amérique du Nord — Le litige qui les opposait concernait une technologie brevetée qui permet à leurs clients d'organiser en ligne l'expédition de marchandises par chemin de fer — Le juge des requêtes a remis en question la pratique établie en ce qui concerne les ordonnances conservatoires, à la lumière de jugements rendus récemment par la Cour fédérale — Il a conclu qu'en l'espèce, il n'était pas nécessaire de rendre une ordonnance conservatoire, car « d'autres options raisonnables » étaient à la disposition des parties — L'appel portait sur le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire; il s'agissait de savoir si le juge des requêtes a eu tort de refuser de rendre l'ordonnance conservatoire que sollicitaient l'appelante et l'intimée — Dans l'arrêt Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances), la Cour suprême a établi un nouveau critère relatif à l'ordonnance de confidentialité et a examiné le critère de l'arrêt AB Hassle c. Canada (Ministre de la santé et du bien-être social), qui concerne les ordonnances conservatoires — Si la Cour suprême a fondé son analyse sur le critère de l'arrêt AB Hassle en matière d'ordonnance conservatoire, elle l'a fait dans un contexte donné; elle n'a pas étendu l'application de ce critère de sorte qu'il faille analyser la nécessité, les autres

Judge erring in law when conflating AB Hassle test for protective orders with more onerous test for confidentiality order discussed in Sierra Club — Order dismissing joint motion for protective order set aside, protective order granted — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court order pursuant to which a motion brought jointly by the appellant and respondent seeking a protective order was dismissed. The parties' underlying dispute concerned intellectual property matters. Protective orders are typically sought for the pre-trial exchange of information between parties involved in an intellectual property dispute. Although for the past few decades, such orders were part of an entrenched practice in the Federal Court, the availability of such orders has been put into question in various instances before the Federal Court. The present appeal was an example of such an instance. This appeal accordingly concerned the test applicable in determining the availability of protective orders—i.e., under what criteria such an order should be granted. Federal Court case law is inconsistent in this regard and the present appeal offered an opportunity to provide some much-needed guidance.

The appellant and respondent are two major corporations that compete in the freight transportation business in North America. Their underlying dispute is related to patented technology that allows customers to arrange rail shipments online. Given the nature of the invalidity allegations raised by the respondent, the parties knew that they would be required to disclose confidential material and thus prepared a joint draft protective order based on a Federal Court template. In the present case, given the growing inconsistency of the Federal Court's case law regarding protective orders, the parties were invited to file a formal motion for a protective order and this motion was heard by the Federal Court.

The motions Judge acknowledged that motions on consent to issue protective orders have traditionally been granted by the Federal Court, especially in patent actions. However, he

options, etc. — L'élément relatif à la nécessité que comporte le critère de l'arrêt Sierra Club ne saurait s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire — Dans la présente affaire, le juge des requêtes a importé l'élément de nécessité du critère relatif à l'ordonnance de confidentialité dans l'analyse de la requête en ordonnance conservatoire — Il a rejeté le critère de l'arrêt AB Hassle auquel est subordonnée l'ordonnance conservatoire et qui est cité avec approbation dans l'arrêt Sierra Club — Il a appliqué le critère relatif à l'ordonnance de confidentialité à l'ordonnance conservatoire sans faire de distinction — Le juge des requêtes a commis une erreur de droit lorsqu'il a confondu le critère de l'arrêt AB Hassle, auquel est subordonnée l'ordonnance conservatoire, et le critère plus onéreux relatif à l'ordonnance de confidentialité dont il est question dans l'arrêt Sierra Club — L'ordonnance ayant rejeté la requête conjointe sollicitant une ordonnance conservatoire a été annulée et l'ordonnance conservatoire a été rendue — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale ayant rejeté la requête conjointe de l'appelante et de l'intimée qui sollicitaient une ordonnance conservatoire. Le litige qui opposait les parties au fond soulevait une question de propriété intellectuelle. Les parties à un litige en matière de propriété intellectuelle sollicitent généralement des ordonnances conservatoires visant la communication de documents préalable au procès. Depuis des décennies, de telles ordonnances étaient courantes à la Cour fédérale, mais l'opportunité de telles mesures a été remise en question dans diverses instances devant la Cour fédérale. Le présent appel en était un exemple et concernait le critère relatif à l'ordonnance conservatoire, à savoir dans quels cas il y a lieu de rendre l'ordonnance. La jurisprudence de la Cour fédérale n'est pas constante à cet égard et le présent appel permettait d'établir les balises nécessaires en la matière.

L'appelante et l'intimée sont deux importantes concurrentes dans le transport de marchandises en Amérique du Nord. Le litige qui les oppose concerne une technologie brevetée qui permet à leurs clients d'organiser en ligne l'expédition de marchandises par chemin de fer. Vu les prétentions d'invalidité du brevet soulevées par l'intimée, les parties savaient qu'elles seraient tenues de transmettre des documents confidentiels et ont ainsi collaboré à la rédaction d'une ébauche d'ordonnance conservatoire fondée sur un gabarit de la Cour fédérale. Vu le manque d'uniformité croissant dans la jurisprudence de la Cour fédérale en matière d'ordonnances conservatoires, dans la présente affaire, les parties ont été invitées à déposer une requête en ordonnance conservatoire en bonne et due forme qui a ensuite été entendue par la Cour fédérale.

Le juge des requêtes a reconnu que la Cour fédérale a généralement accepté de rendre des ordonnances conservatoires, principalement en matière de brevets. Toutefois, il a remis en

questioned the established practice in view of recent Federal Court decisions. He also recalled the distinction between protective orders, confidentiality orders, and hybrid orders. The motions Judge also considered the decisions in *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada Inc.* and, particularly, *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)* and concluded that the test for confidentiality orders, which incorporates a necessity requirement, also applied to determining the availability of protective orders. On this basis, he found that, in the present case, a protective order was not necessary because “reasonably alternative measures” were available to the parties. He was of the view that an implied undertaking, supplemented by a “protective agreement” between the parties, was a “reasonable alternative measure” to the protective order jointly sought by the parties.

At issue was the applicable test to determining whether a protective order should be granted and whether the motions Judge erred in denying the protective order jointly sought by the appellant and respondent.

Held, the appeal should be allowed.

The appellant and intervener submitted that the test regarding the availability of protective orders referred to as the *AB Hassle* test (*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*) is well established. They submitted that the motions Judge’s decision failed to follow binding precedent established by the Supreme Court of Canada in *Sierra Club*. They further contended that the motions Judge misinterpreted *Sierra Club* and erred when he found that the test regarding the availability of confidentiality orders, as set out in *Sierra Club*, is also applicable to protective orders. The applicability of the test set out in *Sierra Club* in the context of protective orders was central to the issue at hand. In *Sierra Club*, the Supreme Court established a new test for confidentiality orders. The Supreme Court went on to address the *AB Hassle* test, which concerns protective orders, and noted the similarity between protective orders and confidentiality orders. While the Supreme Court relied on the *AB Hassle* test regarding protective orders, it did so solely in the context of assessing whether the disclosure of confidential documents would impose a serious risk on an important commercial interest in the first prong of the test regarding confidentiality orders. The Supreme Court’s reliance on the *AB Hassle* test ended there and did not in any way extend the *AB Hassle* test to include a consideration of necessity, alternative measures, or the scope of the order to ensure that it was not overly broad. It followed that the necessity element of the *Sierra Club* test could not apply in the context of protective orders, notwithstanding the reference to the *AB Hassle* test.

question la pratique établie, à la lumière de jugements rendus récemment par la Cour fédérale. Il a rappelé également la distinction entre une ordonnance conservatoire, une ordonnance de confidentialité et une ordonnance hybride. Le juge des requêtes a également examiné l’arrêt *Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.* et, tout particulièrement, l’arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, et il en est arrivé à la conclusion que le critère relatif à l’ordonnance de confidentialité, qui prévoit un élément de nécessité, s’appliquait également lorsqu’il s’agissait de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire. Ainsi, il a conclu qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de rendre une ordonnance conservatoire, car « d’autres options raisonnables » étaient à la disposition des parties. Il était d’avis qu’un engagement implicite, auquel supplée une « entente conservatoire » intervenue entre les parties constituait une « autre option raisonnable » susceptible de se substituer à l’ordonnance conservatoire que sollicitaient les parties.

L’appel portait sur le critère applicable lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire et il s’agissait de savoir si le juge des requêtes a eu tort de refuser de rendre l’ordonnance conservatoire que sollicitaient l’appelante et l’intimée.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

L’appelante et l’intimée ont fait valoir que le critère relatif à l’ordonnance conservatoire — appelé critère de l’arrêt *AB Hassle (AB Hassle c. Canada (Ministre de la santé et du bien-être social))*, — est bien établi. Elles ont fait valoir que le juge des requêtes n’a pas respecté le précédent impératif établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sierra Club*. Elles ont avancé également qu’il a mal interprété cet arrêt et a conclu à tort que le critère relatif à l’ordonnance de confidentialité, établi dans cet arrêt, s’applique également lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire. L’applicabilité du critère établi dans l’arrêt *Sierra Club* dans le contexte des ordonnances conservatoires était la question centrale dans la présente affaire. Dans l’arrêt *Sierra Club*, la Cour suprême a établi un nouveau critère relatif à l’ordonnance de confidentialité. Elle a examiné ensuite le critère de l’arrêt *AB Hassle*, qui concerne les ordonnances conservatoires, et a signalé les similitudes entre les ordonnances conservatoires et les ordonnances de confidentialité. Si la Cour suprême a fondé son analyse sur le critère de l’arrêt *AB Hassle* en matière d’ordonnance conservatoire, elle s’est limitée à décider si la divulgation de documents confidentiels présenterait un risque sérieux à un intérêt commercial important, suivant le premier volet du critère relatif aux ordonnances de confidentialité. Son recours au critère de l’arrêt *AB Hassle* s’est arrêté là et n’a eu aucunement pour effet d’étendre l’application de ce critère au-delà des ordonnances conservatoires de sorte qu’il faille analyser la nécessité, les autres options ou la portée de

The underlying interests in seeking protective orders and confidentiality orders are significantly different. While this was acknowledged by the motions Judge in the present instance, he deemed that a request for a protective order should be considered using the same criteria as set out in *Sierra Club* for a confidentiality order. This was inconsistent given that the criteria in *Sierra Club* are meant to address interests, in particular the open court principle, which are simply not in play in the context of protective orders at the pre-trial discovery stage. In short, there was no justification for applying the same onerous *Sierra Club* test that is applied to confidentiality orders to protective orders. In the present case, the motions Judge accepted that confidential information would be exchanged during the discovery stage. However, he questioned whether a protective order was necessary. In doing so, he extended the necessity element of the test for confidentiality orders to motions for protective orders. Indeed, he rejected the *AB Hassle* test for protective orders cited with approval in *Sierra Club* because it failed to consider whether the requested order was necessary because reasonably alternative measures would not prevent the risk to that interest. This was tantamount to applying confidentiality order criteria without distinction to a protective order. Conflating the *AB Hassle* test for protective orders with the more onerous test for a confidentiality order discussed in *Sierra Club*, as did the motions Judge, was an error in law. It followed that the order dismissing the joint motion for a protective order should be set aside and the protective order granted.

Finally, although the present case was argued principally with respect to protective orders, a few observations regarding hybrid orders were made.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44].

l'ordonnance pour veiller à ce que cette dernière ne soit pas trop large. Il s'en est suivi que l'élément relatif à la nécessité que comporte le critère de l'arrêt *Sierra Club* ne saurait s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire, malgré le renvoi au critère de l'arrêt *AB Hassle*.

Les intérêts qui motivent les parties à solliciter une ordonnance conservatoire ou une ordonnance de confidentialité sont très différents. Le juge des requêtes l'a reconnu en l'espèce, mais il a estimé que les critères énoncés dans l'arrêt *Sierra Club* qui s'appliquent aux ordonnances de confidentialité devraient également s'appliquer aux ordonnances conservatoires. Ce raisonnement n'était pas cohérent, car les critères énoncés dans l'arrêt *Sierra Club* sont censés concerner des intérêts, tout particulièrement le principe de la publicité des débats judiciaires, qui n'interviennent tout simplement pas à l'étape de l'enquête préalable au procès dans le cas d'une ordonnance conservatoire. Bref, rien ne justifiait d'assujettir les requêtes en ordonnance conservatoire au critère onéreux de l'arrêt *Sierra Club*, applicable aux ordonnances de confidentialité. En l'espèce, le juge des requêtes a reconnu que des renseignements confidentiels seraient échangés à l'étape de l'enquête préalable. Toutefois, il s'est interrogé sur la nécessité de l'ordonnance conservatoire. Ce faisant, il a importé l'élément de nécessité du critère relatif à l'ordonnance de confidentialité dans l'analyse de la requête en ordonnance conservatoire. En effet, il a rejeté le critère de l'arrêt *AB Hassle* auquel est subordonnée l'ordonnance conservatoire et qui est cité avec approbation dans l'arrêt *Sierra Club*, car il ne permettait pas de déterminer si l'ordonnance était nécessaire vu l'absence d'autres options raisonnables susceptibles d'écarter le risque en cause. Ce raisonnement revenait à appliquer le critère relatif à l'ordonnance de confidentialité à l'ordonnance conservatoire sans faire de distinction. Confondre le critère de l'arrêt *AB Hassle*, auquel est subordonnée l'ordonnance conservatoire, et le critère plus onéreux relatif à l'ordonnance de confidentialité dont il est question dans l'arrêt *Sierra Club*, comme l'a fait le juge des requêtes, constituait une erreur de droit. Il s'en est suivi que l'ordonnance ayant rejeté la requête conjointe sollicitant une ordonnance conservatoire devait être annulée et l'ordonnance conservatoire, rendue.

Enfin, si la présente affaire concernait principalement les ordonnances conservatoires, quelques remarques sur les ordonnances hybrides ont été faites.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Federal Courts Rules, SOR/198-106, rr. 3, 4, 151, 385(1)(a).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428; 161 F.T.R. 15 (F.C.T.D.), aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.).

CONSIDERED:

Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, revg [2000] 4 F.C. 426, (2000), 187 D.L.R. (4th) 231 (F.C.A.), revg [2000] 2 F.C. 400179 F.T.R. 283 (T.D.); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 175 N.R. 1; *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157; *Paid Search Engine Tools, LLC v. Google Canada Corporation*, 2019 FC 559, 306 A.C.W.S. (3d) 831.

REFERRED TO:

Live Face on Web, LCC v. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd., 2017 FC 858, 283 A.C.W.S. (3d) 821; *Seedlings Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2018 FC 443, 292 A.C.W.S. (3d) 391, rev'd 2018 FC 956, 159 C.P.R. (4th) 51; *dTechs EPM Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority*, 2019 FC 539, 305 A.C.W.S. (3d) 161.

APPEAL from a Federal Court order (2019 FC 281, 163 C.P.R. (4th) 445) pursuant to which a motion brought jointly by the appellant and respondent seeking a protective order in a matter relating to intellectual property was dismissed. Appeal allowed.

APPEARANCES

François Guay, Jean-Sébastien Dupont and Julie E. Larouche for appellant.
Andrew R. Brodtkin and Ben Hackett for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Smart & Biggar LLP, Montréal, for appellant.
Goodmans LLP, Toronto, for respondent.

Règles des Cours fédérales, DORS/198-106, règles 3, 4, 151, 385(1)a).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances), 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, inf. [2000] 4 C.F. 426, 2000 CanLII 14737 (C.A.F.), infirmant [2000] 2 C.F. 400, 1999 CanLII 8393 (1^{re} inst.); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157; *Paid Search Engine Tools, LLC c. Google Canada Corporation*, 2019 CF 559.

DÉCISIONS CITÉES :

Live Face on Web, LCC c. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd., 2017 CF 858; *Seedlings Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2018 CF 443, inf. par 2018 CF 956; *dTechs EPM Ltd. c. British Columbia Hydro & Power Authority*, 2019 CF 539.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale (2019 CF 281) ayant rejeté la requête conjointe de l'appelante et de l'intimée qui sollicitaient une ordonnance conservatoire dans une affaire soulevant une question de propriété intellectuelle. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

François Guay, Jean-Sébastien Dupont et Julie E. Larouche pour l'appelante.
Andrew R. Brodtkin et Ben Hackett pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Smart & Biggar LLP, Montréal, pour l'appelante.
Goodmans LLP, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

BOIVIN J.A.:

I. Introduction

[1] The Canadian National Railway Company (CN) appeals an order of the Federal Court *per* Locke J., as he then was, rendered on February 13, 2019 (the order), pursuant to which a motion brought jointly by CN and BNSF Railway Company (BNSF) seeking a protective order was dismissed. Reasons for the order were subsequently issued on March 7, 2019 [*Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2019 FC 281, 163 C.P.R. (4th) 445].

[2] The parties' underlying dispute concerns intellectual property matters. As is often the case in litigating such disputes, parties are required to disclose commercially sensitive and confidential information. Influenced in part by the practice in the United States and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, protective orders are typically sought for the pre-trial exchange of information between parties involved in an intellectual property dispute. For the past few decades, such orders were part of an entrenched practice in the Federal Court and have routinely been granted on an uncontentious basis. More recently, however, the availability of such orders has been put into question in various instances before the Federal Court. The present appeal is an example of such an instance.

[3] This appeal accordingly concerns the test applicable in determining the availability of protective orders—i.e., under what criteria such an order should be granted. Federal Court jurisprudence is inconsistent in this regard and the present appeal offers an opportunity to provide some much-needed guidance.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal without costs.

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

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. :

I. Introduction

[1] La Compagnie des chemins de fer nationaux (le CN) interjette appel d'une ordonnance rendue par le juge Locke, alors à la Cour fédérale, le 13 février 2019 (l'ordonnance) ayant rejeté la requête conjointe du CN et de la BNSF Railway Company (BNSF) qui sollicitaient une ordonnance conservatoire. Les motifs de cette ordonnance ont été publiés le 7 mars 2019 [*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2019 CF 281].

[2] Le litige qui oppose les parties au fond soulève une question de propriété intellectuelle. Comme c'est souvent le cas dans ce type d'affaires, les parties sont tenues de communiquer des renseignements sensibles sur le plan commercial et des renseignements confidentiels. En partie sous l'influence américaine et en partie suivant le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, les parties à un litige en matière de propriété intellectuelle sollicitent généralement des ordonnances conservatoires visant la communication de documents préalable au procès. Depuis des décennies, de telles ordonnances étaient courantes à la Cour fédérale et ne suscitaient pas la controverse. Or, récemment, l'opportunité de telles mesures a été remise en question dans diverses instances devant la Cour fédérale. Le présent appel découle de l'une d'elles.

[3] La présente affaire concerne le critère relatif à l'ordonnance conservatoire, à savoir dans quels cas il y a lieu de rendre l'ordonnance. La jurisprudence de la Cour fédérale n'est pas constante à cet égard. Le présent appel nous permet d'établir les balises nécessaires en la matière.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, sans dépens.

II. Background

[5] The appellant CN and the respondent BNSF are two major corporations that compete in the freight transportation business in North America. Their underlying dispute is related to patented technology that allows customers to arrange rail shipments online. Given the nature of the patent invalidity allegations raised by BNSF, the parties knew that they would be required to disclose confidential material and highly sensitive information during the discovery process. They accordingly prepared a joint draft protective order based on a Federal Court template developed over the years by the Federal Court IP Users' Committee. This is common practice in intellectual property disputes before the Federal Court, particularly patent disputes between direct competitors. Historically, such motions on consent were consistently granted by the Federal Court but, more recently, there have been instances where such motions have been denied.

[6] In the present case, given the growing inconsistency of the Federal Court's jurisprudence regarding protective orders, the parties were invited by a prothonotary to file a formal motion that would be heard directly by a Federal Court judge (as opposed to a prothonotary) so as to avoid one level of appeal. The parties' formal motion for a protective order was heard by Locke J. (the motions Judge) on February 11, 2019 at the direction of the Chief Justice of the Federal Court.

III. The order of the motions Judge

[7] As previously indicated, the motions Judge issued his order without reasons dismissing the parties' joint motion on February 13, 2019. The motions Judge subsequently issued reasons on March 7, 2019.

[8] In his reasons [at paragraph 7], the motions Judge acknowledged that "[m]otions on consent to issue protective orders have traditionally been granted by this Court, especially in patent actions." However, he questioned the established practice in view of recent Federal Court decisions (*Live Face on Web, LCC v. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 FC 858, 283 A.C.W.S. (3d) 821 (Prothonotary Tabib); *Seedlings*

II. Contexte

[5] L'appelante, le CN, et l'intimée, BNSF, sont deux importantes concurrentes dans le transport de marchandises en Amérique du Nord. Le litige qui les oppose concerne une technologie brevetée qui permet à leurs clients d'organiser en ligne l'expédition de marchandises par chemin de fer. Vu les prétentions d'invalidité du brevet soulevées par BNSF, les parties savaient qu'elles seraient tenues de transmettre des documents confidentiels et des renseignements très sensibles au cours de l'enquête préalable. Elles ont ainsi collaboré à la rédaction d'une ébauche d'ordonnance conservatoire fondée sur un gabarit élaboré au fil des ans au sein du comité des plaigneurs en PI devant la Cour fédérale. Pareille démarche est pratique courante dans les litiges portant sur la propriété intellectuelle devant la Cour fédérale, tout particulièrement ceux qui concernent les brevets et opposent des entreprises en concurrence directe. Par le passé, la Cour fédérale accueillait ces requêtes sur consentement sans plus, mais, récemment, elle en a rejeté certaines.

[6] Vu ce manque d'uniformité récent dans la jurisprudence de cette cour, dans la présente affaire, le protonotaire a invité les parties à déposer une requête en bonne et due forme qui serait ensuite entendue par un juge (et non par un protonotaire) de la Cour fédérale en vue de sauter une instance d'appel. Le juge Locke (le juge des requêtes) a entendu la requête des parties le 11 février 2019 sur ordre du juge en chef de la Cour fédérale.

III. L'ordonnance rendue

[7] Comme je le mentionne plus haut, le juge des requêtes a rejeté la requête conjointe le 13 février 2019, sans assortir son ordonnance de motifs. Il a publié ses motifs le 7 mars 2019.

[8] Dans ses motifs, le juge des requêtes reconnaît [au paragraphe 7] que « notre Cour a généralement accepté de rendre [...] des ordonnances conservatoires, principalement en matière de brevets ». Toutefois, il remet en question la pratique établie, à la lumière de jugements rendus récemment par la Cour fédérale (*Live Face on Web, LCC c. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 CF 858 (protonotaire Tabib); *Seedlings Life Science*

Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc., 2018 FC 443, 292 A.C.W.S. (3d) 391 (Prothonotary Tabib), reversed in *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2018 FC 956, 159 C.P.R. (4th) 51 (Ahmed J.) (*Seedlings Life No. 2*). The motions Judge further recalled the distinction between protective orders, confidentiality orders, and hybrid orders. He explained that protective orders prescribe “the treatment of confidential information” but do not address filing confidential information with the Court, while confidentiality orders do cover the filing of confidential information with the Court, pursuant to rule 151 of the *Federal Courts Rules*, SOR/198-106 (motions Judge reasons for order, at paragraph 10). He also noted that hybrid orders contain provisions that govern both confidential information exchanged between parties during the discovery process and confidential information filed with the Court (motions Judge reasons for order, at paragraph 10).

[9] Against this background, the motions Judge considered the decisions in *Seedlings Life No. 2* and, particularly, *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522 (*Sierra Club*) and concluded that the test for confidentiality orders, which incorporates a necessity requirement, also applied to determining the availability of protective orders (motions Judge reasons for order, at paragraphs 12–19). On this basis, he found that, in the present case, a protective order was not necessary because “reasonably alternative measures” were available to the parties. He was of the view that an implied undertaking, supplemented by a “protective agreement” between the parties, was a “reasonable alternative measure” to the protective order jointly sought by the parties (motions Judge reasons for order, at paragraph 53). He accordingly dismissed their joint motion.

IV. The Appeal

[10] This appeal is brought by CN. BNSF did not participate. By order dated December 9, 2019, the Intellectual Property Institute of Canada (IPIC) was granted leave to

Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc., 2018 CF 443 (protonotaire Tabib), infirmée par la décision *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2018 CF 956 (le juge Ahmed) (*Seedlings Life n° 2*). Le juge des requêtes rappelle également la distinction entre une ordonnance conservatoire, une ordonnance de confidentialité et une ordonnance hybride. Il précise qu’une ordonnance conservatoire « régit le traitement des renseignements confidentiels », mais ne précise pas les modalités de leur dépôt au greffe, tandis que l’ordonnance de confidentialité vise le dépôt de renseignements confidentiels au greffe de la Cour et est prévue par la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/198-106 (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 10). Il souligne également que l’ordonnance hybride régit autant la transmission de renseignements confidentiels d’une partie à l’autre au cours de l’enquête préalable que le dépôt de tels renseignements au greffe de la Cour (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 10).

[9] Le juge des requêtes, à la lumière de ce qui précède, examine l’arrêt *Seedlings Life n° 2* et, particulièrement l’arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 (*Sierra Club*), et arrive à la conclusion que le critère relatif à l’ordonnance de confidentialité, qui prévoit un élément de nécessité, s’applique également lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, aux paragraphes 12 à 19). Ainsi, il conclut qu’en l’espèce, il n’est pas nécessaire de rendre une ordonnance conservatoire, car « d’autres options raisonnables » sont à la disposition des parties. Il est d’avis qu’un engagement implicite, auquel supplée une « entente conservatoire » intervenue entre les parties constitue une « autre option raisonnable » susceptible de se substituer à l’ordonnance conservatoire que sollicitaient les parties (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 53). Par conséquent, il rejette leur requête conjointe.

IV. L’appel

[10] Le présent appel est interjeté par le CN. BNSF n’a pas participé. Par voie d’ordonnance datée du 9 décembre 2019, l’Institut de la propriété intellectuelle du Canada

intervene given the nature of the issue at the heart of the appeal, i.e., the test applicable in determining the availability of protective orders, which is an issue of importance in the area of intellectual property.

V. Issue

[11] As indicated, this appeal concerns the test applicable to determining whether a protective order should be granted. In this case, this Court must assess whether the motions Judge erred in denying the protective order jointly sought by CN and BNSF.

VI. Relevant Statutory Provisions

[12] The relevant provisions of the *Federal Courts Rules* are reproduced in the Appendix to these reasons.

VII. Standard of Review

[13] The applicable standard of review in this case is the one stated by the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*). Applying *Housen*, for questions of law and questions of mixed fact and law, where there is an extricable legal principle at issue, the applicable standard is that of correctness. Questions of fact and mixed fact and law are reviewable on the standard of palpable and overriding error.

VIII. Analysis

A. *The Parties' Submissions*

[14] As submitted by CN and IPIC, the test regarding the availability of protective orders referred to as the *AB Hassle* test is well established. IPIC's summary is reproduced as a helpful reminder (IPIC memorandum of fact and law, at paragraph 30):

... Before issuing a protective order relating to information to be produced, the Court must be satisfied that "the moving party believes that its proprietary, commercial

(IPIC) a été autorisé à intervenir, vu la nature de la question centrale que soulève l'appel, à savoir celle du critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire. Cette question est d'une grande importance dans le secteur de la propriété intellectuelle.

V. Question

[11] Comme je l'indique plus haut, l'appel porte sur le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire. En l'espèce, la Cour est appelée à décider si le juge des requêtes a eu tort de refuser de rendre l'ordonnance conservatoire que sollicitaient le CN et BNSF.

VI. Dispositions légales pertinentes

[12] Les dispositions pertinentes des *Règles des Cours fédérales* sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

VII. Norme de contrôle

[13] Les normes de contrôle qui s'appliquent à la présente affaire sont celles énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*). Il faut appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit et aux questions mixtes de fait et de droit qui soulèvent un principe de droit qu'il est possible d'isoler. Quant aux questions mixtes de fait et de droit, elles appellent la norme de l'erreur manifeste et dominante.

VIII. Analyse

A. *Les prétentions des parties*

[14] Comme le font valoir le CN et l'IPIC, le critère relatif à l'ordonnance conservatoire — appelé critère de l'arrêt *AB Hassle* — est bien établi. Le résumé fourni par l'IPIC est utile à cet égard (mémoire des faits et du droit de l'IPIC, au paragraphe 30) :

[TRADUCTION] [...] Avant de rendre l'ordonnance conservatoire visant les renseignements à produire, la Cour doit être convaincue que « le requérant pense que [s]es droits

and scientific interests would be seriously harmed by producing information upon which those interests are based” [citing *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 161 F.T.R. 15, 83 C.P.R. (3d) 428 at paras. 15, 20-30, affirmed in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2000] 3 F.C. 360 5 C.P.R. (4th) 149 (Fed. C.A.); See also *Sierra Club* at para. 14]. In the event a party challenges a confidential designation made by the other party, in determining whether information is confidential, the Court must be satisfied that it “has been treated by the party at all relevant times as confidential,” and that “on a balance of probabilities, [the disclosing party’s] proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of information” (the “*AB Hassle* test”). [Footnotes omitted.]

[15] In this particular case, CN and IPIC submit that the motions Judge’s decision fails to follow binding precedent established by the Supreme Court of Canada in *Sierra Club*. They further contend that the motions Judge misinterpreted *Sierra Club* and erred when he found that the test regarding the availability of confidentiality orders as set out in *Sierra Club* is also applicable to protective orders. CN and IPIC maintain that there are well-founded justifications for the long-standing practice of granting protective orders. They emphasize that Federal Court cases departing from this practice are concerning for a number of reasons:

- The nature of intellectual property litigation—where parties are often direct competitors—is such that the need to protect the disclosure of confidential and sensitive information not only to third parties, but to the other party to the litigation as well, is much greater than in other types of disputes;
- Intellectual property litigants are often involved in cross-border litigation, particularly in the United States where courts have rejected the implied undertaking rule of confidentiality and hence typically issue protective orders;

exclusifs, commerciaux et scientifiques seraient gravement compromis par la production des renseignements sur lesquels sont fondés ces droits », [citant *AB Hassle c. Canada (Ministre de la santé et du bien-être social)*, 1998 CanLII 8942, aux par. 15 et 20 à 30, conf. par *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] 3 C.F. 360 (C.A.F.); voir également *Sierra Club*, au par. 14]. Si une partie conteste la désignation confidentielle revendiquée par l’autre partie, la Cour, lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur le caractère confidentiel de l’information, doit être convaincue que « les renseignements [ont] été en tout temps considérés comme confidentiels par l’intéressé » et « selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation des renseignements risquerait de compromettre [les] droits exclusifs, commerciaux et scientifiques [de la partie appelée à produire les renseignements] » (le « critère de l’arrêt *AB Hassle* »). [Notes de bas de page omises.]

[15] Dans la présente affaire, le CN et l’IPIC font valoir que le juge des requêtes n’a pas respecté le précédent impératif établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sierra Club*. Ils avancent également qu’il a mal interprété cet arrêt et a conclu à tort que le critère relatif à l’ordonnance de confidentialité, établi dans cet arrêt, s’applique également lorsqu’il s’agit de déterminer l’opportunité d’une ordonnance conservatoire. Selon le CN et l’IPIC, la pratique de longue date qui consiste à accorder les ordonnances conservatoires est bien-fondée. Ils soulignent que les décisions de la Cour fédérale qui s’écarterent de cette pratique suscitent des préoccupations, et ce pour plusieurs raisons :

- La nature des litiges en matière de propriété intellectuelle — où les parties se trouvent souvent en concurrence directe — est telle que la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et sensibles contre leur communication à des tiers, mais surtout à l’autre partie au litige, importe beaucoup plus que dans d’autres recours;
- Les litiges portant sur la propriété intellectuelle débordent souvent nos frontières et sont souvent instruits aux États-Unis, où les tribunaux ont rejeté la règle d’engagement implicite à la confidentialité et rendent habituellement des ordonnances conservatoires;

- Reciprocity of the issuance of protective orders is key in cross-border disputes involving the United States;
- The issuance of protective orders provides legal certainty as there is no issue regarding their enforceability when granted by the Federal Court.
- La réciprocité en matière d'ordonnances conservatoires est essentielle dans les litiges comportant des parties américaines;
- Les ordonnances conservatoires assurent la certitude sur le plan juridique, car lorsqu'elles sont rendues par la Cour fédérale, leur caractère exécutoire ne fait pas de doute.

[16] As can be gleaned from CN and IPIC's submissions, the applicability of the test set out in *Sierra Club* in the context of protective orders is central to the issue at hand. The proceedings in *Sierra Club* were in fact initiated in Federal Court with an application for a confidentiality order that would restrict the public's access to the Court's information (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2000] 2 F.C. 400, 179 F.T.R. 283 (T.D.) (*Sierra Club FC*)). Significantly, *Sierra Club FC* was not about protective orders.

[16] Il ressort des arguments du CN et de l'IPIC que l'applicabilité du critère établi dans l'arrêt *Sierra Club* lorsqu'il s'agit des ordonnances conservatoires se trouve au cœur du débat en l'espèce. Le litige ayant mené à l'arrêt *Sierra Club* a été intenté devant la Cour fédérale. Il a commencé par une requête visant à obtenir une ordonnance de confidentialité qui aurait pour effet de restreindre la divulgation des renseignements dont disposait cette cour (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2000] 2 C.F. 400, 1999 CanLII 8393 (1^{re} inst.) (*Sierra Club CF*)). Il convient de souligner que cette décision ne portait pas sur les ordonnances conservatoires.

[17] In balancing the need for confidentiality against “the public interest in open and accessible court proceedings”, the Federal Court dismissed the application for a confidentiality order (*Sierra Club FC*, at paragraphs 17 and 31). In order to understand whether there was a need for confidentiality, the Federal Court turned to the *AB Hassle* test for protective orders because it reasoned that the two types of orders were essentially the same (*Sierra Club FC*, at paragraph 21). However, the Federal Court noted that, “information voluntarily tendered stands on a different footing than information disclosed under compulsion” (*Sierra Club FC*, at paragraphs 24–26). That is, the Federal Court recognized that different considerations bear on matters that involve evidence parties choose to tender, to which confidentiality orders apply, and those that involve potential evidence parties are required to disclose, such as information shared during the discovery process, to which protective orders apply.

[17] La Cour fédérale, après avoir mis en balance la nécessité de protéger la confidentialité d'une part et « l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires » d'autre part, a rejeté la requête en confidentialité (*Sierra Club CF*, aux paragraphes 17 et 31). Pour décider s'il était nécessaire de rendre une ordonnance de confidentialité, la Cour fédérale a examiné le critère de l'arrêt *AB Hassle* relatif à l'ordonnance conservatoire. Selon cette cour, ces deux types d'ordonnances se valaient essentiellement. (*Sierra Club CF*, au paragraphe 21). Toutefois, la Cour fédérale fait remarquer que « les renseignements communiqués volontairement doivent être traités différemment de ceux qui sont fournis sous la contrainte » (*Sierra Club CF*, aux paragraphes 24 à 26). Ainsi, la Cour fédérale admet que diverses considérations jouent selon qu'il s'agit de la preuve qu'une partie choisit de produire, à laquelle l'ordonnance de confidentialité s'applique, ou de la preuve qu'une partie peut être contrainte de produire, notamment par l'enquête préalable, à laquelle l'ordonnance conservatoire s'applique.

[18] A majority of the Federal Court of Appeal upheld the Federal Court's decision to deny the confidentiality order

[18] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont confirmé la décision de la Cour fédérale qui avait

(*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2000] 4 F.C. 426, (2000), 187 D.L.R. (4th) 231 (C.A.)). The Supreme Court of Canada allowed the appeal, finding that the confidentiality order should have been granted.

B. *The Proper Application of Sierra Club*

[19] In *Sierra Club*, the Supreme Court established a new test for confidentiality orders by reference to the principles applicable in the context of publication bans. It explained at paragraph 37 that:

... In both cases a restriction on freedom of expression is sought in order to preserve or promote an interest engaged by those proceedings. As such, the fundamental question for a court to consider in an application for a publication ban or confidentiality order is whether, in the circumstances, the right to freedom of expression should be compromised.

[20] The Supreme Court in *Sierra Club* also referred to its earlier decision in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 175 N.R. 1 (*Dagenais*), which addresses publication bans in the criminal law context. The Court noted that *Dagenais* sets forth a framework “[that] utilizes overarching *Canadian Charter of Rights and Freedoms* principles in order to balance freedom of expression with other rights and interests” such that it could “be adapted and applied to various circumstances” (*Sierra Club*, at paragraph 38). It went on to adapt the *Dagenais* model to the matter before it and articulated the new test for confidentiality orders in the following manner (*Sierra Club*, at paragraph 53):

A confidentiality order under Rule 151 [of the *Federal Courts Rules*] should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

refusé de rendre l’ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2000] 4 C.F. 426, 2000 CanLII 14737 (C.A.)). La Cour suprême du Canada a accueilli l’appel et jugé que l’ordonnance de confidentialité aurait dû être rendue.

B. *Application judiciaire de l’arrêt Sierra Club*

[19] Dans l’arrêt *Sierra Club*, la Cour suprême établit un nouveau critère relatif à l’ordonnance de confidentialité en s’inspirant des principes applicables dans le contexte des interdictions de publication. Au paragraphe 37 de ses motifs, elle fournit l’explication suivante :

[...] Dans les deux cas, on cherche à restreindre la liberté d’expression afin de préserver ou de promouvoir un intérêt en jeu dans les procédures. En ce sens, la question fondamentale que doit résoudre le tribunal auquel on demande une interdiction de publication ou une ordonnance de confidentialité est de savoir si, dans les circonstances, il y a lieu de restreindre le droit à la liberté d’expression.

[20] La Cour suprême dans cet arrêt renvoie également à un arrêt antérieur, soit *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39 (*Dagenais*), qui porte sur l’interdiction de publication en matière criminelle. La Cour suprême signale que l’arrêt *Dagenais* établit un cadre d’analyse « [qui] fait appel aux principes déterminants de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de pondérer la liberté d’expression avec d’autres droits et intérêts » de sorte qu’il peut « être adapté et appliqué à diverses circonstances » (*Sierra Club*, au paragraphe 38). Elle adapte le modèle établi dans l’arrêt *Dagenais* à l’affaire dont elle est alors saisie et élabore un nouveau critère, qui permet de déterminer quand il y a lieu de rendre une ordonnance de confidentialité, en ces termes (*Sierra Club*, au paragraphe 53) :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 [des *Règles des Cours fédérales*] ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige, en l’absence d’autres options raisonnables pour écarter ce risque;

- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

[21] Applying the test for a confidentiality order to the facts of the case, the Supreme Court explained that the determination of whether a confidentiality order is required by the first prong of the test is made as follows (*Sierra Club*, at paragraph 58):

At this stage, it must be determined whether disclosure of the Confidential Documents would impose a serious risk on an important commercial interest of the appellant, and whether there are reasonable alternatives, either to the order itself, or to its terms. [Emphasis added.]

[22] The Supreme Court went on to address the *AB Hassle* test, which, as indicated earlier, concerns protective orders (*Sierra Club*, at paragraphs 60–61). The Supreme Court expressly referred to the Federal Court’s reasoning in the matter before it and the similarity between protective orders and confidentiality orders:

Pelletier J. noted that the order sought in this case was similar in nature to an application for a protective order which arises in the context of patent litigation. Such an order requires the applicant to demonstrate that the information in question has been treated at all relevant times as confidential and that on a balance of probabilities its proprietary, commercial and scientific interests could reasonably be harmed by the disclosure of the information: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 83 C.P.R. (3d) 428 (F.C.T.D.), at p. 434. To this I would add the requirement proposed by Robertson J.A. that the information in question must be of a “confidential nature” in that it has been “accumulated with a reasonable expectation of it being kept confidential” as opposed to “facts which a litigant would like to keep confidential by having the courtroom doors closed” (para. 14).

Pelletier J. found as a fact that the *AB Hassle* test had been satisfied in that the information had clearly been treated as confidential both by the appellant and by the Chinese authorities, and that, on a balance of probabilities, disclosure of the information could harm the

- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[21] En appliquant aux faits de l'affaire le critère relatif à l'ordonnance de confidentialité, la Cour suprême explique que la nécessité d'une telle mesure est évaluée au premier volet du critère ainsi : (*Sierra Club*, au paragraphe 58) :

À cette étape, il faut déterminer si la divulgation des documents confidentiels ferait courir un risque sérieux à un intérêt commercial important de l'appelante, et s'il existe d'autres solutions raisonnables que l'ordonnance elle-même, ou ses modalités. [Non souligné dans l'original.]

[22] La Cour suprême examine ensuite le critère de l'arrêt *AB Hassle* qui concerne les ordonnances conservatoires, comme je l'indique plus haut (*Sierra Club*, aux paragraphes 60 et 61). Elle renvoie expressément au raisonnement de la Cour fédérale dans l'affaire dont elle était saisie et aux similitudes entre les ordonnances conservatoires et les ordonnances de confidentialité :

Le juge Pelletier souligne que l'ordonnance sollicitée en l'espèce s'apparente à une ordonnance conservatoire en matière de brevets. Pour l'obtenir, le requérant doit démontrer que les renseignements en question ont toujours été traités comme des renseignements confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, il est raisonnable de penser que leur divulgation risquerait de compromettre ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1850 (QL) (C.F. 1^{re} inst.), par. 29-30. J'ajouterais à cela l'exigence proposée par le juge Robertson que les renseignements soient « de nature confidentielle » en ce qu'ils ont été « recueillis dans l'expectative raisonnable qu'ils resteraient confidentiels », par opposition à « des faits qu'une partie à un litige voudrait garder confidentiels en obtenant le huis clos » (par. 14).

Le juge Pelletier constate que le critère établi dans *AB Hassle* est respecté puisque tant l'appelante que les autorités chinoises ont toujours considéré les renseignements comme confidentiels et que, selon la prépondérance des probabilités, leur divulgation risque de nuire

appellant's commercial interests (para. 23). As well, Robertson J.A. found that the information in question was clearly of a confidential nature as it was commercial information, consistently treated and regarded as confidential, that would be of interest to AECL's competitors (para. 16). Thus, the order is sought to prevent a serious risk to an important commercial interest.

[23] It can be seen from the above that, while the Supreme Court relied on the *AB Hassle* test regarding protective orders, it did so solely in the context of assessing whether the disclosure of confidential documents would impose a serious risk on an important commercial interest in the first prong of the test regarding confidentiality orders. The Supreme Court's reliance on the *AB Hassle* test ends there, and does not in any way extend the *AB Hassle* test, applicable to protective orders, to include a consideration of necessity, alternative measures, or the scope of the order to ensure that it is not overly broad (*Sierra Club*, at paragraph 62). It follows that the necessity element of the *Sierra Club* test cannot be said to apply in the context of protective orders, notwithstanding the reference to the *AB Hassle* test and the Supreme Court's comment recognizing a similarity between protective orders and confidentiality orders earlier in the decision (*Sierra Club*, at paragraph 14). Indeed, as observed by the appellant, "[n]owhere does the [Supreme] Court say that the test for confidentiality orders set out earlier in the decision at paragraph 53 is also applicable to protective orders, and the [Supreme] Court does not alter the law by implication."

[24] It bears emphasis that the underlying interests in seeking protective orders and confidentiality orders are significantly different. This was acknowledged by the motions Judge in the present instance when he observed that "a protective order has no deleterious effects on the principle of open and public courts", unlike confidentiality orders. Yet, the motions Judge deemed that "a request for a protective order should be considered using the same criteria as set out in paragraphs 53 and following of *Sierra Club* for a confidentiality order" (motions Judge reasons for order, at paragraph 19). This

aux intérêts commerciaux de l'appelante (par. 23). Le juge Robertson conclut lui aussi que les renseignements en question sont clairement confidentiels puisqu'il s'agit de renseignements commerciaux, uniformément reconnus comme étant confidentiels, qui présentent un intérêt pour les concurrents d'ÉACL (par. 16). Par conséquent, l'ordonnance est demandée afin de prévenir un risque sérieux de préjudice à un intérêt commercial important.

[23] Il ressort de ce qui précède que, si la Cour suprême a fondé son analyse sur le critère de l'arrêt *AB Hassle* en matière d'ordonnance conservatoire, elle s'est limitée à décider si la divulgation de documents confidentiels présenterait un risque sérieux à un intérêt commercial important, suivant le premier volet du critère relatif aux ordonnances de confidentialité. Son recours au critère de l'arrêt *AB Hassle* s'arrête là et n'a aucunement pour effet d'étendre l'application de ce critère au-delà des ordonnances conservatoires de sorte qu'il faille analyser la nécessité, les autres options ou la portée de l'ordonnance pour veiller à ce que cette dernière ne soit pas trop large (*Sierra Club*, au paragraphe 62). Il s'ensuit que l'élément relatif à la nécessité que comporte le critère de l'arrêt *Sierra Club* ne saurait s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'une ordonnance conservatoire, malgré le renvoi au critère de l'arrêt *AB Hassle* et la remarque de la Cour suprême sur les similitudes entre les deux types d'ordonnances au début du jugement (*Sierra Club*, au paragraphe 14). En effet, comme le fait remarquer l'appelante, [TRADUCTION] « [n]ulle part la Cour [suprême] n'affirme que le critère relatif aux ordonnances de confidentialité qu'elle énonce au paragraphe 53 s'applique également aux ordonnances conservatoires, et la Cour [suprême] ne modifie pas le droit tacitement ».

[24] Soulignons que les intérêts qui motivent les parties à solliciter une ordonnance conservatoire ou une ordonnance de confidentialité sont très différents. Le juge des requêtes l'a reconnu en l'espèce lorsqu'il a fait remarquer que « l'ordonnance conservatoire ne porte pas atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires », contrairement à l'ordonnance de confidentialité. Pourtant, il estime que « les critères énoncés aux paragraphes 53 et suivants de l'arrêt *Sierra Club* qui s'appliquent aux ordonnances de confidentialité devraient également s'appliquer aux ordonnances conservatoires » (motifs de

is inconsistent given that the criteria in *Sierra Club* are meant to address interests, in particular the open court principle, which are simply not in play in the context of protective orders at the pre-trial discovery stage. This was made clear by the Supreme Court in *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, where the Court stated (at paragraph 21):

.... Pre-trial discovery does not take place in open court. The vast majority of civil cases never go to trial. Documents are inspected or exchanged by counsel at a place of their own choosing. In general, oral discovery is not conducted in front of a judge. The only point at which the “open court” principle is engaged is when, if at all, the case goes to trial and the discovered party’s documents or answers from the discovery transcripts are introduced as part of the case at trial.

[25] In short, there is no justification for applying the same onerous *Sierra Club* test that is applied to confidentiality orders to protective orders. Confidentiality orders are squarely meant to circumvent the open court principle, while protective orders are instead used in instances where the open court principle is not engaged.

[26] In the present case, the motions Judge accepted that confidential information would be exchanged during the discovery stage. However, he questioned whether a protective order was necessary on the basis that “reasonably alternative measures will not prevent the risk to the parties’ interest in that confidential information” (motions Judge reasons for order, at paragraph 22) (emphasis omitted). In doing so, he extended the necessity element of the test for confidentiality orders to motions for protective orders. Indeed, he rejected the *AB Hassle* test for protective orders cited with approval at paragraph 60 in *Sierra Club* because “it fails to consider whether the requested order is necessary because reasonably alternative measures will not prevent the risk to that interest” (motions Judge reasons for order, at paragraphs 18–19). This is tantamount to applying confidentiality order criteria without distinction to a protective order. Conflating the *AB Hassle* test for protective orders with the more onerous test for a confidentiality order discussed in

l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 19). Ce raisonnement n’est pas cohérent, car les critères énoncés dans l’arrêt *Sierra Club* sont censés concerner des intérêts, tout particulièrement le principe de la publicité des débats judiciaires, qui n’interviennent tout simplement pas à l’étape de l’enquête préalable au procès dans le cas d’une ordonnance conservatoire. La Cour suprême le précise dans l’arrêt *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157 en ces termes au paragraphe 21 :

[...] L’enquête préalable n’a pas lieu en audience publique et l’immense majorité des affaires civiles n’atteignent pas l’étape du procès. Les avocats examinent ou échangent les documents à l’endroit de leur choix. De façon générale, l’interrogatoire préalable n’a pas lieu devant un juge. Le seul moment où le principe de la « publicité des débats en justice » entre en jeu est celui de l’instruction où les documents de la partie interrogée au préalable ou les réponses tirées des transcriptions de l’interrogatoire préalable sont introduits en preuve au procès.

[25] Bref, rien ne justifie d’assujettir les requêtes en ordonnance conservatoire au critère onéreux de l’arrêt *Sierra Club*, applicable aux ordonnances de confidentialité. Ces dernières sont expressément conçues pour déroger au principe de la publicité des débats judiciaires, tandis que les premières servent dans les cas où ce principe ne joue pas.

[26] En l’espèce, le juge des requêtes a reconnu que des renseignements confidentiels seraient échangés à l’étape de l’enquête préalable. Toutefois, il s’est interrogé sur la nécessité de l’ordonnance conservatoire vu « l’absence d’autres options raisonnables susceptibles d’écarter le risque pour les parties associé à la communication de leurs informations confidentielles » (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 22, soulignement omis). Ce faisant, il a importé l’élément de nécessité du critère relatif à l’ordonnance de confidentialité dans l’analyse de la requête en ordonnance conservatoire. En effet, il a rejeté le critère de l’arrêt *AB Hassle* — auquel est subordonnée l’ordonnance conservatoire et qui est cité avec approbation au paragraphe 60 de l’arrêt *Sierra Club* —, car il « ne permet pas de déterminer si l’ordonnance est nécessaire vu l’absence d’autres options raisonnables susceptibles d’écarter le risque en cause » (motifs de l’ordonnance du juge des requêtes, au paragraphes 18 et 19). Ce raisonnement revient à

Sierra Club, as did the motions Judge, is an error in law. It follows that the order dismissing the joint motion for a protective order should be set aside.

C. Hybrid Orders

[27] Although the present case was argued principally with respect to protective orders, a few observations regarding hybrid orders are warranted.

[28] It is recalled that a hybrid order encompasses provisions governing both confidential information exchanged between parties and confidential information filed with the Court. The protective order sought in the present instance can be characterized as a hybrid order (motions Judge reasons for order, at paragraph 11; appellant's memorandum of fact and law, at paragraphs 25–27).

[29] CN and IPIC both contend that hybrid orders are proposed for practical reasons: to avoid the parties having to seek confidentiality orders every time an interlocutory motion is brought with respect to the discovery of a matter. The question however, is whether this has implications for the applicable test.

[30] The test for granting a hybrid order, in the form I endorse below, remains the same as the test for granting a protective order. As noted, hybrid orders also address materials that might be filed with the Court with a confidential designation. As such, a party who wishes to have the Court treat documents subject to the hybrid order as confidential must bring a motion pursuant to rule 151 of the *Federal Courts Rules* forthwith after filing the documents. It is at this juncture, when the Court is being asked to seal documents, that the *Sierra Club* test set out at paragraph 20, above, is engaged. The motion for a confidentiality order should not automatically be left for the trial judge to determine, but should be filed

appliquer le critère relatif à l'ordonnance de confidentialité à l'ordonnance conservatoire sans faire de distinction. Confondre le critère de l'arrêt *AB Hassle*, auquel est subordonnée l'ordonnance conservatoire, et le critère plus onéreux relatif à l'ordonnance de confidentialité dont il est question dans l'arrêt *Sierra Club*, comme l'a fait le juge des requêtes, constitue une erreur de droit. Il s'ensuit que l'ordonnance ayant rejeté la requête des parties sollicitant une ordonnance conservatoire doit être annulée.

C. Ordonnances hybrides

[27] Si la présente affaire concerne principalement les ordonnances conservatoires, quelques remarques sur les ordonnances hybrides s'imposent.

[28] Rappelons qu'une ordonnance hybride régit tant les renseignements confidentiels que se transmettent les parties que les renseignements confidentiels qu'elles déposent au greffe de la Cour. L'ordonnance conservatoire sollicitée en l'espèce peut être qualifiée d'ordonnance hybride (motifs de l'ordonnance du juge des requêtes, au paragraphe 11; mémoire des faits et du droit de l'appelante, aux paragraphes 25 à 27).

[29] Le CN et l'IPIC affirment tous deux que les ordonnances hybrides sont proposées pour des raisons pratiques : éviter aux parties de solliciter une ordonnance de confidentialité chaque fois qu'une requête interlocutoire concerne l'enquête préalable. Or, la question est celle de savoir si cela change quelque chose au critère applicable.

[30] Le critère relatif à l'ordonnance hybride, comme je l'énonce ci-après, demeure identique à celui relatif à l'ordonnance conservatoire. Comme je le fais remarquer, l'ordonnance hybride régit également les documents susceptibles de porter une mention de confidentialité au moment où ils sont déposés au greffe de la Cour. Ainsi, la partie qui souhaite que la Cour traite les documents assujettis à une ordonnance hybride comme des documents confidentiels doit présenter une requête en vertu de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales* sans délai après leur dépôt. C'est au moment où la Cour est sollicitée pour mettre sous scellé des documents que le critère de l'arrêt *Sierra Club* reproduit au paragraphe 20

at the first opportunity. This approach not only respects the practical reasons for requesting a hybrid order but also the fundamental open court principle. Indeed, filing a motion for a confidentiality order as soon as the documents identified as confidential are filed with the Court ensures that a ruling can be issued promptly, while avoiding the possibility that sealed material forming part of the public record remains sealed any longer than necessary.

D. *A Few Practical Observations*

[31] The Federal Court's authority to issue protective orders is derived from rules 3, 4 and paragraph 385(1)(a) with respect to specially managed proceedings, as well as the Federal Court's inherent jurisdiction. Although the Federal Court is in no way obliged to grant a protective order, I am of the view that there has been no significant and compelling changes to the law that justify the refusal to grant a protective order on consent (or not) if (i) the *AB Hassle* test is met and (ii) the protective order submitted to the Federal Court is in accordance with the protective order template jointly developed over the years between the Intellectual Property Bar and the Federal Court. It is true that reviewing draft protective orders may be time-consuming for the Federal Court, but such reviews remain necessary nonetheless. For more certainty, and to facilitate the Court's review, the parties should provide sufficient evidence in support of their motion for a protective order. The parties should also adopt the practice of identifying the portions of their draft protective order that have been added to the template or removed from it.

[32] Protective orders undoubtedly remain pertinent and useful for intellectual property litigants and there is no justification, legal or otherwise, for stifling this long-standing practice. Not only do protective orders provide "structure and enforceability in ways the implied undertaking", or private agreements, for that matter, cannot, but they are also consistent with "modern, efficient,

des présents motifs entre en jeu. La requête en confidentialité, si elle n'a pas à être nécessairement tranchée par le juge du procès, doit cependant être déposée le plus tôt possible. Une telle démarche respecte non seulement les raisons pratiques qui justifient une ordonnance hybride, mais également le principe fondamental que constitue le principe de la publicité des débats judiciaires. En effet, en présentant une requête en confidentialité dès le dépôt des documents dits confidentiels au greffe, on s'assure d'une décision rapide et on évite que les documents mis sous scellé qui appartiennent au dossier public demeurent scellés plus longtemps que nécessaire.

D. *Quelques observations pratiques*

[31] Les Règles habilite la Cour fédérale à rendre des ordonnances conservatoires, plus précisément les règles 3 et 4 et l'alinéa 385(1)a) en ce qui a trait aux instances à gestion spéciale, mais elle tire également ce pouvoir de sa compétence inhérente. La Cour fédérale n'est nullement obligée de rendre une ordonnance conservatoire, j'en conviens. Or, je suis d'avis qu'aucune modification importante et impérieuse n'a été apportée au droit qui justifierait le refus d'une ordonnance conservatoire sollicitée par les deux parties ou par une seule si (i) il est satisfait au critère de l'arrêt *AB Hassle* et (ii) l'ébauche de l'ordonnance sollicitée est conforme au gabarit élaboré en collaboration par les plaideurs en propriété intellectuelle et la Cour fédérale au fil des ans. Certes, il se peut que la Cour fédérale doive consacrer beaucoup de temps à examiner des ébauches d'ordonnances conservatoires, mais un tel examen demeure nécessaire. Par souci de certitude — et pour faciliter cet examen — les parties devraient bien étayer leur requête à cet égard et prendre l'habitude d'indiquer les passages de l'ébauche qui ne sont pas tirés du gabarit et ceux qui en ont été supprimés.

[32] Assurément, l'ordonnance conservatoire demeure pertinente et utile pour les plaideurs en propriété intellectuelle. Aucune raison, juridique ou autre, ne justifie que l'on entrave cette pratique de longue date. Non seulement l'ordonnance conservatoire apporte « de la structure et une force exécutoire, choses que l'engagement implicite », ou une entente de gré à gré, ne peut apporter,

effective and proportional litigation” (*Paid Search Engine Tools, LLC v. Google Canada Corporation*, 2019 FC 559, 306 A.C.W.S. (3d) 831, at paragraphs 53 and 58 (Phelan J.); See also *dTechs EPM Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority*, 2019 FC 539, 305 A.C.W.S. (3d) 161, at paragraphs 47–49 and 53–60 (Lafrenière J.)). They further add support to the Federal Court’s efforts over the past decades to streamline complex intellectual property litigation and ensure that the system remains efficient.

IX. Conclusion

[33] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the motions Judge’s order dated February 13, 2019 (T-913-17), and render the order that should have been rendered. I would grant the protective order in the form attached as Schedule A to BNSF’s notice of motion in the Court below (Tab 19 of the appeal book), subject to an amendment that would require a party who wishes to have documents treated confidentially by the Court in the context of an interlocutory proceeding to bring a motion under rule 151 for a confidentiality order forthwith after the documents are filed.

[34] As the respondent did not appear in this appeal, I would not grant costs.

GLEASON J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

APPENDIX

Federal Courts Rules, SOR/98-106

General principle

3 These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

mais elle « favorise l’évolution vers des procédures judiciaires modernes, efficaces et proportionnées » (*Paid Search Engine Tools, LLC c. Google Canada Corporation*, 2019 CF 559, aux paragraphes 53 et 58 (le juge Phelan); voir également *dTechs EPM Ltd. c. British Columbia Hydro & Power Authority*, 2019 CF 539, aux paragraphes 47 à 49 et 53 à 60 (le juge Lafrenière)). Ce type d’ordonnance appuie les efforts consacrés par la Cour fédérale au cours des dernières décennies à la simplification de l’instruction de litiges complexes en matière de propriété intellectuelle et à l’optimisation de ses ressources.

IX. Conclusion

[33] Pour les motifs qui précèdent, j’accueillerais l’appel, j’annulerais l’ordonnance du juge des requêtes datée du 13 février 2019 (T-913-17) et je rendrais l’ordonnance qui aurait dû être rendue. J’accorderais l’ordonnance conservatoire sollicitée dans la forme où elle figure à l’annexe A de l’avis de requête présenté par BNSF à la cour de première instance (onglet 19 du dossier d’appel), sous réserve d’une modification, à savoir que la partie qui souhaite que la Cour traite certains documents comme des documents confidentiels dans le cadre d’une instance interlocutoire est tenue de présenter la requête prévue à la règle 151 pour solliciter une ordonnance de confidentialité sans délai après le dépôt des documents.

[34] Comme l’intimée n’a pas plaidé devant nous, je ne rendrais pas d’ordonnance quant aux dépens.

GLEASON, J.C.A. : Je suis d’accord.

RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d’accord.

ANNEXE

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106

Principe général

3 Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

Matters not provided for

4 On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

...

Motion for order of confidentiality

151 (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

...

Powers of case management judge or prothonotary

385 (1) Unless the Court directs otherwise, a case management judge or a prothonotary assigned under paragraph 383(c) shall deal with all matters that arise prior to the trial or hearing of a specially managed proceeding and may

(a) give any directions or make any orders that are necessary for the just, most expeditious and least expensive determination of the proceeding on its merits;

(b) notwithstanding any period provided for in these Rules, fix the period for completion of subsequent steps in the proceeding;

(c) fix and conduct any dispute resolution or pre-trial conferences that he or she considers necessary; and

(d) subject to subsection 50(1), hear and determine all motions arising prior to the assignment of a hearing date.

Cas non prévus

4 En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[...]

Requête en confidentialité

151 (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

[...]

Pouvoirs du juge ou du protonotaire responsable de la gestion de l'instance

385 (1) Sauf directives contraires de la Cour, le juge responsable de la gestion de l'instance ou le protonotaire visé à l'alinéa 383c) tranche toutes les questions qui sont soulevées avant l'instruction de l'instance à gestion spéciale et peut :

a) donner toute directive ou rendre toute ordonnance nécessaires pour permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible;

b) sans égard aux délais prévus par les présentes règles, fixer les délais applicables aux mesures à entreprendre subséquentement dans l'instance;

c) organiser et tenir les conférences de règlement des litiges et les conférences préparatoires à l'instruction qu'il estime nécessaires;

d) sous réserve du paragraphe 50(1), entendre les requêtes présentées avant que la date d'instruction soit fixée et statuer sur celles-ci.

IMM-1508-18
2019 FC 1569

IMM-1508-18
2019 CF 1569

John Joseph Goodman (*Applicant*)

John Joseph Goodman (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: GOODMAN v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : GOODMAN C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Barnes J.—Toronto, May 28 and September 23; Ottawa, December 9, 2019.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 28 mai et 23 septembre; Ottawa, 9 décembre 2019.

Editor’s Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Note de l’arrêtiſte : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Consolidated judicial reviews of decisions by: immigration officer (docket IMM-686-16) refusing applicant’s permanent residence application under spouse-in-Canada class; respondent (docket IMM-1508-18) refusing application for ministerial relief from inadmissibility brought under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 34(2) (now s. 42.1) (ministerial decision); Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) (docket IMM-1633-15) finding applicant inadmissible on basis of criminality, for membership in terrorist organization; immigration officer (docket IMM-4246-16) finding that applicant not subject to risk of persecution, danger of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment, if returned to country of origin (PRRA [pre-removal risk assessment] decision) — Applicant, former member of Irish National Liberation Army (INLA) — Arguing he was unlawfully deprived of recourse to humanitarian, compassionate (H&C) relief, as Act, s. 25 amendments violating Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Impugning ID, ministerial decisions on basis misapprehending evidence — Raising breach of procedural fairness on basis respondent failing to pursue available statutory options for applicant’s removal in timely way — Challenging fairness, reasonableness of PRRA decision for failure to respond to request to hold PRRA application in abeyance — Whether amendments to Act, s. 25 violating Bill of Rights, s. 2(e) — Whether ID, ministerial decisions unreasonable — Whether Minister acting unfairly by failing to pursue inadmissibility allegations earlier — Whether officer breaching duty of fairness by failing to respond to applicant’s request for deferral of PRRA application — Bill of Rights, s. 2(e) not guaranteeing substantive right to application of H&C factors — Open to

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandes réunies de contrôle judiciaire de décisions rendues par un agent d’immigration (dossier IMM-686-16), qui a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie des époux au Canada; par le défendeur (dossier IMM-1508-18), qui a rejeté la demande de dispense ministérielle déposée relativement à une interdiction de territoire en vertu de l’art. 34(2) (aujourd’hui l’art. 42.1) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) (la décision ministérielle); par la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (dossier IMM-1633-15), qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour cause de criminalité et d’appartenance à une organisation terroriste; par un agent d’immigration (dossier IMM-4246-16), qui a conclu que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie ou encore à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’il était renvoyé dans son pays d’origine (décision relative à l’ERAR [examen des risques avant renvoi]) — Le demandeur était un ancien membre de l’Armée irlandaise de libération nationale (AILN) — Il a soutenu qu’il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, car les modifications apportées à l’art. 25 de la LIPR contreviennent à l’art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits — Il a contesté la décision de la SI et la décision ministérielle au motif que des éléments de preuve ont été mal interprétés — Il a invoqué un manquement à l’équité procédurale, alléguant que le défendeur a omis de donner suite en temps opportun aux options prévues par la loi pour son renvoi — Il a contesté l’équité et le caractère raisonnable de la décision relative à l’ERAR au motif que sa demande de mise en suspens

Parliament to limit application of H&C factors — S. 2(e) tying application of principles of fundamental justice only to right to fair hearing — Parliament having right to establish statutory conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada — Citizenship revocation scheme in present case expressly excluding H&C factors from consideration by respondent — Authorities relied upon by applicant failing to show that H&C discretion essential to achieving fairness in cases excluded by Act, s. 25 — Only at point of de facto removal that applicant's Charter interests may be engaged — ID, Minister not erring in their respective assessments of evidence — ID's authority limited to determination of applicant's admissibility — Additional observations of ID of no legal consequence — Not unreasonable for ID to conclude INLA remaining single violent organization — By staying involved, applicant complicit — Ministerial decision thorough, reflecting appropriate understanding of scope of statutory discretion — Applicant not treated unfairly, not prejudiced by delay — Procedural unfairness not arising from exercise of strategic choices by Minister to pursue certain recourse, decline or abandon other options — Officer not obliged to hold PRRA decision in abeyance simply because applicant requesting it — However, fairness demanded that officer advise applicant of intent to proceed to decision, afford applicant opportunity to make up-to-date submissions about risk — Failure to do so unfair — PRRA decision thus remitted to different decision maker for redetermination — Question certified — Applications in dockets IMM-1508-18, IMM-686-16, IMM-1633-15 dismissed; application in docket IMM-4246-16 allowed.

de la demande d'ERAR est restée sans réponse — Les modifications apportées à l'art. 25 de la LIPR contreviennent-elles à l'art. 2e) de la Déclaration des droits? — La décision de la SI et la décision ministérielle étaient-elles déraisonnables? — Le ministre a-t-il agi de manière inéquitable en omettant de donner suite aux allégations d'interdiction de territoire dans le contexte d'instances antérieures? — L'agent a-t-il manqué à son obligation d'équité en omettant de répondre à la demande du demandeur de reporter la demande d'ERAR? — L'art. 2e) de la Déclaration des droits ne garantit pas un droit absolu à l'application de facteurs d'ordre humanitaire — Il était loisible au législateur de restreindre l'application des facteurs d'ordre humanitaire — L'art. 2e) ne rattache l'application des principes de justice fondamentale qu'au droit à une audition impartiale — Le législateur a le droit de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester — Le régime de révocation de la citoyenneté examiné dans la présente affaire empêchait expressément le défendeur de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire — Les précédents invoqués par le demandeur ne montraient pas qu'il est essentiel de disposer d'un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire pour assurer le respect de l'équité dans les genres d'affaires que l'art. 25 de la LIPR exclut — Ce n'est qu'au stade du renvoi de fait que les droits que confère la Charte au demandeur peuvent entrer en jeu — La SI et le ministre n'ont commis aucune erreur dans la manière dont ils ont évalué les éléments de preuve — Le pouvoir de la SI se limitait à rendre une décision concernant l'interdiction de territoire du demandeur — Les observations supplémentaires de la SI n'avaient aucune conséquence juridique — Il n'était pas déraisonnable de la part de la SI de conclure que l'AILN était restée une organisation violente unique — En demeurant impliqué, le demandeur était complice — La décision du ministre était détaillée et reflétait une compréhension appropriée de la portée du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi — Le demandeur n'a pas été traité de manière inéquitable et les retards subis ne lui ont causé aucun préjudice — Le fait que le ministre fasse des choix stratégiques lorsqu'il décide de prendre une certaine mesure et lorsqu'il refuse de recourir à d'autres options ou y renonce n'équivaut pas à un manquement à l'équité procédurale — L'agent n'était pas tenu de mettre la décision relative à l'ERAR en suspens juste parce que le demandeur lui demandait de le faire — Toutefois, l'équité exigeait que l'agent avise le demandeur qu'il avait l'intention de prendre une décision et de lui donner ensuite la possibilité de présenter des arguments à jour au sujet des risques en cause — L'omission de le faire était inéquitable — La décision relative à l'ERAR a donc été renvoyée à un décideur pour nouvel examen — Une question a été certifiée — Les demandes dans les dossiers IMM-1508-18, IMM-686-16 et IMM-1633-15 ont été rejetées; la demande dans le dossier IMM-4246-16 a été accueillie.

Bill of Rights — Applicant, former member of Irish National Liberation Army, found inadmissible to Canada — Arguing he was unlawfully deprived of recourse to humanitarian, compassionate (H&C) relief, as Act, s. 25 amendments violating Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Whether amendments to Act, s. 25 violating Bill of Rights, s. 2(e) — S. 2(e) not guaranteeing substantive right to application of H&C factors — Open to Parliament to limit application of H&C factors — Unlike Charter, s. 7, s. 2(e) tying application of principles of fundamental justice only to right to fair hearing — That qualification limiting application of s. 2(e) to matters of fair process — Parliament having right to establish statutory conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada — Citizenship revocation scheme in present case expressly excluding H&C factors from consideration by respondent — Authorities relied upon by applicant failing to show that H&C discretion essential to achieving fairness in cases excluded by Act, s. 25 — Only at point of de facto removal that applicant's Charter interests may be engaged.

These were consolidated applications for judicial review of decisions by: a senior immigration officer (docket IMM-686-16) refusing the applicant's application for permanent residence under the spouse-in-Canada class; by the respondent (docket IMM-1508-18) refusing an application for ministerial relief from inadmissibility brought under what was then subsection 34(2) (now section 42.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) (ministerial decision); by the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada (docket IMM-1633-15) finding the applicant to be inadmissible on the basis of criminality and for being a member of a terrorist organization (ID decision); and by a senior immigration officer (docket IMM-4246-16) finding that the applicant would not be subject to a risk of persecution, danger of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment, if returned to his country of origin (PRRA [pre-removal risk assessment] decision).

The applicant had been a member of the Irish National Liberation Army (INLA) between 1974 and 1981 and had served time in prison for firearms offences in Northern Ireland. The applicant argued that in the context of the spousal and the

Déclaration des droits — Le demandeur, un ancien membre de l'Armée irlandaise de libération nationale (AILN), a été jugé interdit de territoire au Canada — Il a soutenu qu'il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, car les modifications apportées à l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) contreviennent à l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits — Il s'agissait de savoir si les modifications apportées à l'art. 25 de la LIPR contreviennent à l'art. 2e) de la Déclaration des droits — L'art. 2e) ne garantit pas un droit absolu à l'application de facteurs d'ordre humanitaire — Il était loisible au législateur de restreindre l'application des facteurs d'ordre humanitaire — Contrairement à l'art. 7 de la Charte, l'art. 2e) ne rattache l'application des principes de justice fondamentale qu'au droit à une audition impartiale — Cette restriction limite l'application de l'art. 2e) à des questions d'équité procédurale — Le législateur a le droit de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester — Le régime de révocation de la citoyenneté examiné dans la présente affaire empêchait expressément le défendeur de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire — Les précédents invoqués par le demandeur ne montraient pas qu'il est essentiel de disposer d'un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire pour assurer le respect de l'équité dans les affaires que l'art. 25 de la LIPR exclut — Ce n'est qu'au stade du renvoi de fait que les droits que confère la Charte au demandeur peuvent entrer en jeu.

Il s'agissait de demandes réunies de contrôle judiciaire de décisions rendues par un agent d'immigration principal (dossier IMM-686-16), qui a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie des époux au Canada; par le défendeur (dossier IMM-1508-18), qui a rejeté la demande de dispense ministérielle que le demandeur avait déposée relativement à son interdiction de territoire en vertu de ce qui était à l'époque le paragraphe 34(2) (aujourd'hui l'article 42.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) (la décision ministérielle); par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (dossier IMM-1633-15), qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour cause de criminalité et d'appartenance à une organisation terroriste (la décision de la SI); et par un agent d'immigration principal (dossier IMM-4246-16), qui a conclu que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie ou encore à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé dans son pays d'origine (la décision relative à l'ERAR).

Le demandeur avait été membre de l'Armée irlandaise de libération nationale (AILN) entre 1974 et 1981 et avait été emprisonné pour des infractions relatives aux armes à feu en Irlande du Nord. Le demandeur a soutenu que, dans le contexte

ministerial decisions, he was unlawfully deprived of recourse to full-blown humanitarian and compassionate (H&C) relief, as the 2013 amendments to section 25 of the Act that excluded consideration of H&C factors for certain classes of foreign nationals violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. He also impugned both the ID and ministerial decisions on the basis of an ostensible misapprehension of evidence and, in particular, whether he was complicit in the most egregious aspects of the INLA's terrorist activity. The applicant also raised a breach of procedural fairness issue in the context of both the admissibility and ministerial relief proceedings based on an allegation that the respondent failed to pursue available statutory options for the applicant's removal in a timely way, and thereby unfairly deprived him of more robust options to seek relief that were once but are no longer available to him. Finally, the applicant challenged the fairness and reasonableness of the PRRA decision. The applicant had asked that the PRRA application be held in abeyance pending the determination of his outstanding application for ministerial relief. The officer never responded to that request and rendered a negative decision more than six months later.

The main issues were whether amendments to section 25 of the Act that excluded consideration of H&C factors for certain classes of foreign nationals violate paragraph 2(e) of the Bill of Rights; whether the ID and ministerial decisions were unreasonable; whether the Minister acted unfairly by failing to pursue the present inadmissibility allegations in the context of earlier refugee and admissibility proceedings; and, in regard to the PRRA decision, whether the officer breached the duty of fairness by failing to respond to the applicant's request for a deferral.

Held, the applications in dockets IMM-1508-18, IMM-686-16 and IMM-1633-15 should be dismissed; the application in docket IMM-4246-16 should be allowed.

The question that needed to be answered was whether the long-standing place of H&C relief in immigration legislation, and the judicial authorities that have considered it, have rendered the availability of H&C relief unassailable by Parliament in light of paragraph 2(e) of the Bill of Rights. Paragraph 2(e) of the Bill of Rights does not guarantee to a foreign national a substantive right to the application of H&C factors. It was open to Parliament to limit the application of H&C factors in the manner now contemplated by section 25 of the Act. Unlike section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, paragraph 2(e) ties the application of the principles of fundamental justice only

de la décision relative à la catégorie des époux et de la décision ministérielle, il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, car les modifications apportées en 2013 à l'article 25 de la LIPR, qui excluaient la prise en considération de facteurs d'ordre humanitaire pour certaines catégories d'étrangers, contreviennent à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il a contesté aussi la décision de la SI et la décision ministérielle au motif que des éléments de preuve, en particulier, la question de savoir s'il a été complice des aspects les plus répréhensibles des activités terroristes de l'AILN, semblent avoir été mal interprétés. Le demandeur a invoqué également un manquement à l'équité procédurale dans le contexte de l'enquête sur l'interdiction de territoire et de l'instance relative à la dispense ministérielle, alléguant que le défendeur a omis de donner suite en temps opportun aux options prévues par la loi pour son renvoi et qu'il l'a donc injustement privé d'options plus solides qui lui auraient permis de solliciter une dispense, options qui n'existent plus. Enfin, le demandeur a contesté l'équité et le caractère raisonnable de la décision relative à l'ERAR. Il avait demandé que l'on mette la demande d'ERAR en suspens en attendant l'issue de sa demande de dispense ministérielle, qui était en instance. L'agent n'a jamais répondu à cette demande et a rendu une décision défavorable plus de six mois plus tard.

Il s'agissait principalement de savoir si les modifications apportées à l'article 25 de la LIPR, qui excluaient la prise en considération de facteurs d'ordre humanitaire pour certaines catégories d'étrangers, contreviennent à l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits; si la décision de la SI et la décision ministérielle étaient déraisonnables; si le ministre a agi de manière inéquitable en omettant de donner suite aux présentes allégations d'interdiction de territoire dans le contexte d'instances antérieures en matière de demande d'asile et d'admissibilité; et si, en lien avec la décision relative à l'ERAR, l'agent a manqué à son obligation d'équité en omettant de répondre à la demande de report du demandeur.

Jugement : les demandes dans les dossiers IMM-1508-18, IMM-686-16 et IMM-1633-15 doivent être rejetées; la demande dans le dossier IMM-4246-16 doit être accueillie.

Il était question de savoir si l'historique législatif de la demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et les décisions judiciaires faisant autorité qui l'ont examiné, ont fait en sorte que la possibilité de demander une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est inattaquable par le législateur à la lumière de l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits. L'alinéa 2e) de la Déclaration des droits ne garantit pas à un étranger un droit absolu à l'application de facteurs d'ordre humanitaire. Il était loisible au législateur de restreindre l'application des facteurs d'ordre humanitaire de la manière dont l'envisage aujourd'hui l'article 25 de la LIPR. Contrairement

to the right to a fair hearing. On its face, that qualification limits the application of paragraph 2(e) to matters of fair process, such as the right to notice and the right to respond. In section 7 of the Charter, the words “principles of fundamental justice” are placed in the context of the “right to life, liberty and security of the person”, an important distinction. Parliament has the right to establish the statutory conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. Section 7 of the Charter does not mandate the provision of a compassionate appeal from a deportation decision arising from the commission of a serious crime. The citizenship revocation scheme examined in the present case expressly excluded H&C factors from consideration by the respondent. It is well established that a principle of fundamental justice will only be recognized where the authorities establish a strong and widespread societal consensus that the principle is essential to achieving adjudicative fairness. The authorities relied upon by the applicant failed to show that H&C discretion is essential to achieving fairness in the kinds of cases that are excluded by section 25 of the Act. The Charter does not compel a range of review or appeal mechanisms from every potentially disadvantageous decision. It is only at the point of *de facto* removal that the applicant’s Charter interests may be engaged, and not before.

The Court was not persuaded that either the ID or the Minister erred in their respective assessments of the evidence or in the exercise of their available discretion. The ID’s authority was limited to the determination of the applicant’s admissibility. Because that issue was not in dispute, it was of no legal consequence that the ID went on to make additional observations about the applicant’s level of complicity in the INLA’s crimes. The ID’s findings as challenged by the applicant were reasonable, based on the evidence. It followed from this that the Minister’s adoption of those findings was also reasonable. The applicant’s allegations about the ID’s supposed selective treatment of evidence amounted to a disagreement about how best to interpret that evidence. The ID had a reasonable evidentiary foundation. It is simply not open to a member of a terrorist organization to avoid the consequences of that membership. By staying involved, the applicant was complicit. It was not unreasonable for the ID to conclude that the INLA remained a single violent organization. The ministerial decision did not place heavy or undue reliance on the ID’s findings about ideological or operational differences within the INLA. The ministerial decision was thorough and reflected an appropriate understanding of the scope of the statutory discretion, and a reasonable application of that discretion to the evidence.

à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l’alinéa 2e) ne rattache l’application des principes de justice fondamentale qu’au droit à une audition impartiale de sa cause. À première vue, cette restriction limite l’application de l’alinéa 2e) à des questions d’équité procédurale, comme le droit à un avis et le droit de réponse. À l’article 7 de la Charte, les mots « principes de justice fondamentale » sont rattachés au « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». La distinction est importante. Le législateur a le droit de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester. L’article 7 de la Charte n’exige pas d’accorder la possibilité d’un appel, fondé sur des motifs de compassion, contre la décision d’expulser une personne pour grande criminalité. Le régime de révocation de la citoyenneté examiné dans la présente affaire empêchait expressément le défendeur de prendre en considération des facteurs d’ordre humanitaire. Il est bien établi qu’un principe de justice fondamentale n’est reconnu que si la jurisprudence établit un consensus social solide et généralisé selon lequel ce principe est essentiel pour assurer le respect de l’équité décisionnelle. Les précédents invoqués par le demandeur ne montraient pas qu’il est essentiel de disposer d’un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d’ordre humanitaire pour assurer le respect de l’équité dans les genres d’affaires que l’article 25 de la LIPR exclut. La Charte n’oblige pas à disposer d’un éventail de mécanismes de contrôle ou d’appel contre toutes les décisions potentiellement désavantageuses. Ce n’est qu’au stade du renvoi de fait que les droits que confère la Charte au demandeur peuvent entrer en jeu, et pas avant.

La SI et le ministre n’ont pas commis une erreur dans la manière dont ils ont évalué les éléments de preuve ou exercé leur pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir de la SI se limitait à rendre une décision concernant l’interdiction de territoire du demandeur. Comme cette question n’a pas été contestée, le fait que la SI ait fait par la suite quelques observations supplémentaires sur le degré de complicité du demandeur dans les crimes de l’AILN n’avait aucune conséquence juridique. Au vu de la preuve, les conclusions de la SI qu’a contestées le demandeur étaient raisonnables. Il s’en est suivi qu’il était raisonnable aussi de la part du ministre de faire siennes ces conclusions. Les allégations du demandeur à propos du prétendu traitement sélectif, par la SI, des éléments de preuve étaient assimilables à un désaccord sur la meilleure façon d’interpréter cette preuve. L’interprétation que la SI a adoptée avait un fondement probatoire raisonnable. Il n’est tout simplement pas loisible à un membre d’une organisation terroriste d’éviter les conséquences de cette appartenance. En demeurant impliqué, le demandeur était complice. Il n’était pas déraisonnable de la part de la SI de conclure que l’AILN était restée une organisation violente unique. La décision ministérielle n’a pas été fondée, dans une large mesure ou de manière induue, sur les conclusions que la SI a tirées au sujet des différences idéologiques ou opérationnelles au sein de l’AILN. La décision du ministre était détaillée et

The applicant was not treated unfairly and was not prejudiced by delay. Procedural unfairness does not arise from the exercise of bare strategic choices by the Minister to pursue certain recourse under the Act and to decline to take or to abandon other statutory options. The Act affords the Minister many procedural options with varying requirements of proof. In the absence of evidence of bad faith or material prejudice, the Minister's process choices are not matters of concern on judicial review and they are not a basis of relief in these cases. Although resort to the ministerial relief option under the Act normally follows a finding of inadmissibility, the sequence of decision making does not on its own raise a procedural fairness concern.

The officer was not obliged to hold the PRRA decision in abeyance simply because the applicant requested it. However, the applicant's request that he wanted to make further submissions in support of relief if the officer intended to proceed was reasonable. Fairness demanded that the officer advise the applicant that he intended to proceed to a decision and then to afford an opportunity to make up-to-date submissions about risk. Silence was not an option open to the officer. It was unfair for the officer to proceed to a decision without warning the applicant and extending to him the requested opportunity to update his submissions. The applicant's evidence was material and could well have changed the outcome of the PRRA application. The PRRA decision was therefore remitted to a different decision maker for redetermination. A question was certified as to whether subsection 25(1) of the Act violates paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 2(e).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

Faster Removal of Foreign Criminals Act, S.C. 2013, c. 16.

réflétait une compréhension appropriée de la portée du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi et une application raisonnable de ce pouvoir à la preuve.

Le demandeur n'a pas été traité de manière inéquitable et les retards subis ne lui ont causé aucun préjudice. Le fait que le ministre fasse de simples choix stratégiques lorsqu'il décide de prendre une certaine mesure prévue par la LIPR et lorsqu'il refuse de recourir à d'autres options prévues par la loi ou y renonce n'équivaut pas à un manquement à l'équité procédurale. La LIPR offre au ministre de nombreuses options procédurales, qui comportent diverses exigences en matière de preuve. En l'absence d'une preuve de mauvaise foi ou de préjudice important, les choix que fait le ministre quant à la manière de procéder ne sont pas des sujets de préoccupation dans le cadre d'un contrôle judiciaire et ne servent pas de fondement à l'octroi d'une dispense dans les affaires de cette nature. Bien que le recours à l'option de la dispense ministérielle sous le régime de la LIPR suive habituellement la conclusion d'interdiction de territoire, l'ordre dans lequel les décisions ont été rendues ne soulève pas en soi de préoccupations sur le plan de l'équité procédurale.

L'agent n'était pas tenu de mettre sa décision en suspens juste parce que le demandeur lui demandait de le faire. Toutefois, la demande que le demandeur a faite de présenter des observations supplémentaires à l'appui de la dispense si l'agent avait l'intention d'aller de l'avant était raisonnable. L'équité exigeait que l'agent avise le demandeur qu'il avait l'intention de prendre une décision et de lui donner ensuite la possibilité de présenter des arguments à jour au sujet des risques en cause. Le silence n'était pas une option dont disposait l'agent. Il était inéquitable de la part de l'agent de rendre une décision sans avertir le demandeur et sans lui accorder la possibilité qu'il demandait de mettre à jour ses arguments. Les éléments de preuve du demandeur étaient importants et auraient fort bien pu changer l'issue de la demande d'ERAR. La décision relative à l'ERAR a donc été renvoyée à un décideur pour nouvel examen. La question de savoir si le paragraphe 25(1) de la LIPR contrevient à l'alinéa 2(e) de la Déclaration des droits a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 2e).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers, L.C. 2013, ch. 16.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 34, 35, 37, 42.1, 97.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 34, 35, 37, 42.1, 97.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555.

APPLIED:

Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration), 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 310 A.C.W.S. (3d) 382.

DISTINGUISHED:

Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 2 S.C.R. 44; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401.

CONSIDERED:

Duke v. The Queen, [1972] S.C.R. 917, (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Hameed v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1353, 38 Imm. L.R. (4th) 278, [2015] F.C.J. No. 1488 (QL); *Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492; *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422, [1985] S.C.J. No. 11 (QL); *Nassereddine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 85, [2015] 2 F.C.R. 63; *Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 902, [2005] 4 F.C.R. 430; *Naeem v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1073, 271 A.C.W.S. (3d) 382.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74,

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555.

DÉCISION APPLIQUÉE :

Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada (Premier ministre) c. Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 2 R.C.S. 44; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Duke c. La Reine, [1972] R.C.S. 917; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Hameed c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1353, [2015] A.C.F. n° 1488 (QL); *Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492; *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, [1985] A.C.S. n° 11 (QL); *Nassereddine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 85, [2015] 2 R.C.F. 63; *Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 902, [2005] 4 R.C.F. 430; *Naeem c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1073.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003]

[2003] 3 S.C.R. 571; *Air Canada c. Canada (Procureure générale)*, [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.); *Canadian National Railway Company v. Western Canadian Coal Corporation*, 2007 FC 371, 309 F.T.R. 286.

CONSOLIDATED APPLICATIONS for judicial review of decisions refusing the applicant's application for permanent residence under the spouse-in-Canada class (docket IMM-686-16); refusing an application for ministerial relief from inadmissibility brought under what was then subsection 34(2) (now section 42.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (docket IMM-1508-18); by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (*X (Re)*, 2015 CanLII 153651) finding the applicant to be inadmissible on the basis of criminality and for being a member of a terrorist organization (docket IMM-1633-15); and finding that the applicant would not be subject to a risk of persecution, danger of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment, if returned to his country of origin (docket IMM-4246-16). Applications in dockets IMM-1508-18, IMM-686-16 and IMM-1633-15 dismissed; application in docket IMM-4246-16 allowed.

APPEARANCES

Alyssa J. Manning and Benjamin Liston for applicant.
John Loncar and Nicholas Dodokin for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Legal Aid Ontario Refugee Law Office, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in English by

[1] BARNES J.: The applicant in these consolidated applications, John Joseph Goodman, challenges four decisions that concern his immigration status in Canada. For ease of reference, I will refer to the two respondents, the

3 R.C.S. 571; *Air Canada c. Canada (Procureure générale)*, [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Western Canadian Coal Corporation*, 2007 CF 371.

DEMANDES RÉUNIES de contrôle judiciaire de décisions rejetant la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie des époux au Canada (dossier IMM-686-16); rejetant la demande de dispense ministérielle déposée relativement à une interdiction de territoire en vertu de ce qui était à l'époque le paragraphe 34(2) (aujourd'hui l'article 42.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (dossier IMM-1508-18); par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X (Re)*, 2015 CanLII 153651), qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour cause de criminalité et d'appartenance à une organisation terroriste (dossier IMM-1633-15); et concluant que le demandeur ne serait pas exposé à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie ou encore à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé dans son pays d'origine (dossier IMM-4246-16). Demandes dans les dossiers IMM-1508-18, IMM-686-16 et IMM-1633-15 rejetées; demande dans le dossier IMM-4246-16 accueillie.

ONT COMPARU :

Alyssa J. Manning et Benjamin Liston pour le demandeur.
John Loncar et Nicholas Dodokin pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aide juridique Ontario, Bureau du droit des réfugiés, Toronto, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : Dans les présentes demandes réunies, le demandeur, John Joseph Goodman, conteste quatre décisions qui concernent son statut d'immigrant au Canada. Par souci de commodité, j'appellerai les

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister of Citizenship and Immigration, as the “Minister”.

[2] In Court file IMM-686-16, Mr. Goodman seeks to set aside the decision of a senior immigration officer rendered on January 29, 2016, refusing his application for permanent residence under the spouse-in-Canada class (the Spousal Decision).

[3] In Court file IMM-1508-18, Mr. Goodman seeks to set aside a decision of the Minister dated February 28, 2018, refusing an application for ministerial relief from inadmissibility brought under what was then subsection 34(2) [rep. by S.C. 2013, c. 16, s. 13] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) (replaced by section 42.1 [as enacted by S.C. 2013, c. 16, s. 18]) (the Ministerial Decision).

[4] In Court file IMM-1633-15, Mr. Goodman challenges a decision by the Immigration Division (ID), Immigration and Refugee Board, dated March 10, 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 153651], finding him to be inadmissible to Canada on the basis of criminality and for being a member of a terrorist organization (the ID Decision).

[5] In Court file IMM-4246-16, Mr. Goodman seeks relief from a decision of a senior immigration officer dated August 12, 2016, finding that he would not be subject to a risk of persecution, danger of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment, if returned to his country of origin (the PRRA [pre-removal risk assessment] Decision).

I. Background

[6] Mr. Goodman concedes that he is inadmissible to Canada under paragraph 34(1)(f) of the IRPA [***] Irish National Liberation Army (INLA). Not surprisingly, the ID found that Mr. Goodman’s membership in the INLA “cannot be disputed” based on his admitted

deux défendeurs — le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration — le « ministre ».

[2] Dans le dossier IMM-686-16, M. Goodman souhaite faire annuler la décision datée du 29 janvier 2016 par laquelle un agent d’immigration principal a rejeté sa demande de résidence permanente dans la catégorie des époux au Canada (la décision relative à la catégorie des époux).

[3] Dans le dossier IMM-1508-18, M. Goodman souhaite faire annuler la décision datée du 28 février 2018 par laquelle le ministre a rejeté la demande de dispense ministérielle qu’il avait déposée relativement à son interdiction de territoire en vertu de ce qui était à l’époque le paragraphe 34(2) [abrogé par L.C. 2013, ch. 16, art. 13] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) (aujourd’hui l’article 42.1 [édicte par L.C. 2013, ch. 16, art. 18]) (la décision ministérielle).

[4] Dans le dossier IMM-1633-15, M. Goodman conteste la décision datée du 10 mars 2015 [*X (Re)*, 2015 CanLII 153651] par laquelle la Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu qu’il était interdit de territoire au Canada pour cause de criminalité et d’appartenance à une organisation terroriste (la décision de la SI).

[5] Dans le dossier IMM-4246-16, M. Goodman sollicite une dispense à la suite d’une décision datée du 12 août 2016 par laquelle un agent d’immigration principal a conclu qu’il ne serait pas exposé à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie ou encore à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’il était renvoyé dans son pays d’origine (la décision relative à l’ERAR [examen des risques avant renvoi]).

I. Le contexte

[6] M. Goodman reconnaît qu’il est interdit de territoire au Canada en application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR [***] Armée irlandaise de libération nationale (l’INLA). Il n’est guère surprenant que la SI ait conclu que l’appartenance de M. Goodman à l’INLA « ne peu[t]

membership between 1974 and 1981 (see paragraph 41 of the ID's decision). The ID also found Mr. Goodman to be inadmissible for criminality based on convictions for firearms offences in Northern Ireland in 1976 for which he served three years in prison. That finding has not been challenged.

[7] Mr. Goodman concedes his inadmissibility based on his INLA membership but he asserts that, in various ways, he has been unfairly or unreasonably deprived of his rights to seek relief from removal from Canada in the context of the decisions implicated in these applications.

[8] Some of Mr. Goodman's arguments overlap. For instance, he argues that in the context of the Spousal and the Ministerial Decisions, he was unlawfully deprived of recourse to full-blown humanitarian and compassionate (H&C) relief as required by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III] (Bill of Rights). According to Mr. Goodman, that provision guarantees consideration of the full range of H&C factors notwithstanding limitations in the IRPA that purport to exclude such a discretion. Inasmuch as those decision makers failed to observe this "obligation", Mr. Goodman asks the Court to declare the restrictions contained within subsection 25(1) of the IRPA to be inoperable.

[9] Mr. Goodman also impugns both the ID and Ministerial Decisions on the basis of an ostensible misapprehension of evidence concerning [***] and, in particular, whether he was complicit in the most egregious aspects of the INLA's terrorist activity. According to this argument, the ID's evidentiary errors informed and infected the Ministerial Decision to the extent that both decisions are unreasonable.

[10] Mr. Goodman raises a breach of procedural fairness issue in the context of both the admissibility and

pas être contesté[e] », étant donné qu'il a admis en avoir été membre de 1974 à 1981 (voir le paragraphe 41 de la décision de la SI). La SI a également jugé que M. Goodman était interdit de territoire pour cause de criminalité après avoir été reconnu coupable d'infractions relatives aux armes à feu en Irlande du Nord en 1976, pour lesquelles il a passé trois ans en prison. Cette conclusion n'a pas été contestée.

[7] M. Goodman reconnaît être interdit de territoire parce qu'il a été membre de l'INLA, mais il affirme que, de diverses façons, il a été privé de manière injuste ou déraisonnable de son droit de demander une dispense à l'égard de son renvoi du Canada dans le contexte des décisions qui sont visées par les demandes dont il est question en l'espèce.

[8] Certains des arguments qu'invoque M. Goodman se recourent. Par exemple, il soutient que, dans le contexte de la décision relative à la catégorie des époux et de la décision ministérielle, il a été illégalement privé de la possibilité de présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, ainsi que l'exige l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III] (la Déclaration des droits). D'après lui, cette disposition garantit la prise en considération de la gamme complète de facteurs d'ordre humanitaire, malgré la présence dans la LIPR de limites qui visent à exclure un tel pouvoir discrétionnaire. Dans la mesure où les décideurs ont omis de respecter cette « obligation », M. Goodman demande à la Cour de déclarer que les restrictions que prévoit le paragraphe 25(1) de la LIPR sont inopérantes.

[9] M. Goodman conteste aussi la décision de la SI et la décision ministérielle au motif que les éléments de preuve concernant [***] et, en particulier, la question de savoir s'il a été complice des aspects les plus répréhensibles des activités terroristes de l'INLA, semblent avoir été mal interprétés. Selon cet argument, les erreurs relatives à la preuve que la SI a commises ont éclairé et infecté la décision ministérielle, et ce, au point où les deux décisions sont déraisonnables.

[10] M. Goodman invoque un manquement à l'équité procédurale dans le contexte de l'enquête sur l'interdiction

ministerial relief proceedings based on an allegation that the Minister failed to pursue available statutory options for Mr. Goodman's removal in a timely way, and thereby unfairly deprived him of more robust options to seek relief that were once but are no longer available to him.

[11] Finally, Mr. Goodman challenges the fairness and reasonableness of the PRRA Decision. His fairness argument is based on the failure of the decision maker to respond to his request for a deferral pending the outcome of the application for ministerial relief, and by ignoring his request for the opportunity to make an updated submission.

II. Analysis – The Effect of paragraph 2(e) of the Bill of Rights

[12] Mr. Goodman argues that the 2013 amendments to section 25 of the IRPA that excluded consideration of H&C factors for certain classes of foreign nationals violate paragraph 2(e) of the Bill of Rights. Those amendments eliminated previously available recourse to H&C relief for persons found to be inadmissible on security grounds listed in section 34, for the violation of human or international rights in the form of war crimes, crimes against humanity and certain forms of corruption listed in section 35, and for involvement in organized criminality or engagement in transnational crimes listed in section 37 (e.g. money laundering, human trafficking). For the sake of argument, the standard of review I will apply to this issue is correctness.

[13] Mr. Goodman's point is that, as a foreign national facing involuntary removal from Canada, his right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the Bill of Rights in the context of applications for ministerial relief and for spousal sponsorship must include a discretion to broadly consider equitable factors. It is not enough, he says, that limited relief is available under section 42.1 where the Minister is satisfied that a person's continued

de territoire et de l'instance relative à la dispense ministérielle : il allègue que le ministre a omis de donner suite en temps opportun aux options prévues par la loi pour le renvoi et qu'il l'a donc injustement privé d'options plus solides qui lui auraient permis de solliciter une dispense, options qui n'existent plus.

[11] Enfin, M. Goodman conteste l'équité et le caractère raisonnable de la décision relative à l'ERAR. Son argument d'équité est fondé sur le défaut du décideur de répondre à sa demande de report en attendant l'issue de la demande de dispense ministérielle et de prendre en compte sa demande visant la présentation d'observations à jour.

II. Analyse – L'effet de l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits

[12] M. Goodman fait valoir que les modifications apportées en 2013 à l'article 25 de la LIPR, qui excluaient la prise en considération de facteurs d'ordre humanitaire pour certaines catégories d'étrangers, contreviennent à l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits. Ces modifications ont supprimé le recours à une dispense pour des motifs d'ordre humanitaire dont disposaient autrefois les personnes déclarées interdites de territoire pour les raisons de sécurité énumérées à l'article 34, pour atteinte aux droits humains ou internationaux sous la forme de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de certaines formes de corruption, énumérés à l'article 35, de même que pour des activités criminelles organisées ou pour des activités liées à la criminalité transnationale et énumérées à l'article 37 (p. ex. recyclage des produits de la criminalité ou trafic de personnes). Pour les besoins de l'argumentation, la norme de contrôle que j'appliquerai à cette question est celle de la décision correcte.

[13] L'argument de M. Goodman est le suivant : à titre d'étranger risquant d'être renvoyé involontairement du Canada, son droit à une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale, garanti par l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits, dans le contexte des demandes de dispense ministérielle et de parrainage conjugal, doit inclure le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, de façon générale, des facteurs en equity. Il ne suffit pas, selon lui, qu'une

presence in Canada is not contrary to the national interest. That form of discretionary relief is said to be insufficient because it fails to include, among other things, any consideration of the needs of affected children or the importance of family unity. Mr. Goodman concedes that H&C considerations do not trump the national security and public safety interests that are also recognized by the IRPA, but he does maintain that their consideration is essential to the guarantee of a fair hearing.

[14] At paragraph 24 of Mr. Goodman's further memorandum of fact and law, the need for broad equitable discretion is expressed in the following way:

The discretion to consider equitable or H&C factors has been a pillar of Canadian immigration decision-making for decades. The H&C discretion is rooted in Canadian values respecting the importance of family unity and the protection of the vulnerable, and recognizes that the rigid application of the rules governing admission to this country will sometimes not account for compelling human circumstances that excite in a reasonable person the desire to relieve the misfortunes of another. [Footnotes omitted.]

[15] The form of relief Mr. Goodman seeks is a declaration that the 2013 amendments to section 25 of the IRPA be declared inoperable because the removal of H&C discretion conflicts with the fairness obligation imposed by paragraph 2(e) of the Bill of Rights. In its simplest expression, Mr. Goodman argues that it was not open to Parliament to extinguish this form of relief even for persons guilty of the most egregious forms of misconduct, brutality and criminality.

[16] I take Mr. Goodman's point that H&C relief has had a long-standing place in Canada's immigration legislation. That history is succinctly described in an affidavit sworn by Professor Sharry Aiken. Professor Aiken

dispense restreinte soit prévue à l'article 42.1 dans les cas où le ministre est convaincu que la présence continue d'une personne au Canada n'est pas contraire à l'intérêt national. Cette forme de dispense discrétionnaire est considérée comme insuffisante parce qu'elle omet d'inclure, notamment, toute prise en compte des besoins des enfants touchés ou de l'importance de l'unité familiale. M. Goodman admet que les considérations d'ordre humanitaire n'ont pas préséance sur les intérêts en matière de sécurité nationale et de sûreté publique que la LIPR reconnaît également, mais il maintient toutefois qu'il est essentiel d'en tenir compte pour garantir une audition impartiale de la cause.

[14] Au paragraphe 24 du mémoire supplémentaire des faits et du droit de M. Goodman, la nécessité du vaste pouvoir discrétionnaire que confère l'équité est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire ou en équité est, depuis des décennies, un pilier des décisions canadiennes en matière d'immigration. Le pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire est enraciné dans les valeurs canadiennes liées à l'importance de l'unité familiale et à la protection des personnes vulnérables, et il reconnaît que l'application stricte des règles régissant l'admission au Canada ne prend parfois pas en compte les circonstances humaines impérieuses qui suscitent chez une personne raisonnable le désir de soulager les malheurs d'autrui. [Renvois omis.]

[15] La réparation demandée par M. Goodman est une déclaration portant que les modifications apportées en 2013 à l'article 25 de la LIPR sont inopérantes, parce que l'élimination du pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire entre en conflit avec l'obligation d'équité qu'impose l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits. Pour dire les choses le plus simplement possible, M. Goodman soutient qu'il n'était pas loisible au législateur de mettre fin à cette dispense, même pour les personnes coupables des formes les plus répréhensibles d'inconduite, de brutalité et de criminalité.

[16] Je souscris à l'argument de M. Goodman selon lequel le concept d'une dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire existe depuis longtemps dans la législation canadienne en matière d'immigration. Cet

teaches in the areas of immigration law and international refugee law at Queen’s University Faculty of Law, and is a recognized expert in those fields. I accept her affidavit as an accurate statement of the legislative history relevant to the availability of H&C relief. The question that remains, however, is whether that history, and the judicial authorities that have considered it, have rendered the availability of H&C relief unassailable by Parliament in light of paragraph 2(e) of the Bill of Rights. In order to answer that question, it is necessary to reflect on the scope of protection afforded by paragraph 2(e) and, in particular, whether its application is limited to due process considerations or, alternatively, whether it also compels a decision maker to apply H&C considerations without limitation to persons who would otherwise be excluded by the exceptions now contained within section 25. The obvious place to begin is by examining the language of paragraph 2(e) which provides:

Construction of law

2 Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations.

[17] Having considered the authorities cited by the parties, I have concluded that paragraph 2(e) of the Bill of Rights does not guarantee to a foreign national a substantive right to the application of H&C factors. It follows that it was open to Parliament to limit the application of H&C factors in the manner now contemplated by section 25.

historique est décrit de manière succincte dans un affidavit souscrit par la professeure Sharry Aiken. Cette dernière enseigne dans les domaines du droit de l’immigration et du droit international des réfugiés à la faculté de droit de l’Université Queen’s, et elle est une experte reconnue dans ces domaines. Je considère que son affidavit énonce de manière exacte l’historique législatif de la demande de dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire. Il reste toutefois la question de savoir si cet historique, et les décisions judiciaires faisant autorité qui l’ont examiné, font en sorte que la possibilité de demander une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire est inattaquable par le législateur à la lumière de l’alinéa 2e) de la Déclaration des droits. Pour répondre à cette question, une réflexion s’impose sur la portée de la protection que confère cet alinéa et, en particulier, sur le fait de savoir si son application se limite à des questions d’application régulière de la loi ou, subsidiairement, s’il oblige aussi le décideur à appliquer sans restriction les considérations d’ordre humanitaire aux personnes qui, par ailleurs, seraient exclues par les exceptions que prévoit aujourd’hui l’article 25. La première chose à faire est évidemment de lire l’alinéa 2e) :

Interprétation de la législation

2 Toute loi du Canada, à moins qu’une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu’elle s’appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s’interpréter et s’appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l’un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer comme

[...]

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations.

[17] Après avoir examiné la jurisprudence citée par les parties, j’ai conclu que l’alinéa 2e) de la Déclaration des droits ne garantit pas à un étranger un droit absolu à l’application de facteurs d’ordre humanitaire. Il s’ensuit qu’il était loisible au législateur de restreindre l’application des facteurs d’ordre humanitaire de la manière dont l’envisage aujourd’hui l’article 25.

[18] Unlike section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], which links the principles of fundamental justice to the rights to life, liberty and security of the person, paragraph 2(e) of the Bill of Rights ties the application of the principles of fundamental justice only to the right to a fair hearing. On its face, that qualification limits the application of paragraph 2(e) to matters of fair process, such as the right to notice and the right to respond. This interpretation conforms to the decision in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923, (1972), 28 D.L.R. (3d) 129:

It is against this background that the appellant's submission must be considered. Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice." Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

[19] The above statement is consistent with the observation in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884, at page 899 [paragraph 28], that the content of paragraph 2(e) is established by reference to common law principles of natural justice.

[20] An even clearer statement recognizing the narrow scope of paragraph 2(e) in comparison to section 7 of the Charter can be found in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 511, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536:

In section 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, the words "principles of fundamental justice" were placed explicitly in the context of, and qualify a "right to a fair hearing". Section 7 of the *Charter* does not create the same context. In section 7, the words "principles of fundamental justice" are placed in the context of, and qualify much more fundamental rights, the "right to life, liberty and security of the person". The distinction is important.

[18] Contrairement à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), qui rattache les principes de justice fondamentale aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits ne rattache l'application des principes de justice fondamentale qu'au droit à une audition impartiale de sa cause. À première vue, cette restriction limite l'application de l'alinéa 2e) à des questions d'équité procédurale, comme le droit à un avis et le droit de réponse. Cette interprétation est conforme à l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923 :

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner les prétentions de l'appelant. En vertu de l'art. 2(e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une « audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale ». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

[19] L'énoncé qui précède concorde avec l'observation qui a été faite dans l'arrêt *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884, à la page 899 [paragraphe 28], à savoir que le contenu des exigences de l'alinéa 2e) est établi en fonction des principes de justice naturelle reconnus en common law.

[20] Un énoncé plus clair encore qui reconnaît la portée étroite de l'alinéa 2e) par rapport à l'article 7 de la Charte figure dans l'arrêt *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 511 :

À l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, l'expression « principes de justice fondamentale » est expressément rattachée au « droit à une audition impartiale » qu'elle modifie. L'article 7 de la *Charte* ne crée pas le même lien. À l'article 7, les mots « principes de justice fondamentale » sont rattachés à un droit beaucoup plus fondamental qu'ils modifient, c.-à-d. le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». La distinction est importante.

[21] The right of Parliament to authorize the deportation of a permanent resident for serious criminality was considered in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711 (see page 734), (1992), 90 D.L.R. (4th) 289. In that decision, Justice Sopinka observed that the personal circumstances of individuals who breached the applicable criminality provision “may vary widely”. Nevertheless, he held that the deliberate violation of a statutory condition of Canadian residency “is sufficient to justify a deportation order” and “[i]t is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other aggravating or mitigating circumstances.” Although H&C relief was otherwise available to Mr. Chiarelli under the IRPA, that fact alone does not detract from the Court’s broad statement about the right of Parliament to establish the statutory conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. The criminality residency condition was found to be “a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country” (at page 734).

[22] In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, the Court reiterated its position in *Chiarelli* that section 7 of the Charter does not mandate the provision of a compassionate appeal from a deportation decision arising from the commission of a serious crime, though H&C relief was noted to be otherwise available under section 25.

[23] The strongest authority supporting Mr. Goodman’s argument that the principles of fundamental justice under paragraph 2(e) can include substantive legal obligations is the decision of Justice Jocelyne Gagné in *Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 473, [2017] 4 F.C.R. 555. That case concerned the revocation of citizenship. Justice Gagné noted that the potential loss of this crucial status and the absence of a right of

[21] Le droit du législateur d’autoriser l’expulsion d’un résident permanent pour grande criminalité a été analysé dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711 (voir la page 734). Dans cet arrêt, le juge Sopinka a fait remarquer que les circonstances personnelles de ceux qui ont enfreint la disposition applicable en matière de criminalité « peuvent [...] varier énormément ». Il a néanmoins décrété que la violation délibérée d’une condition légale de la résidence canadienne « suffit pour justifier une ordonnance d’expulsion » et « [p]oint n’est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà de ce seul fait, des circonstances aggravantes ou atténuantes ». Même si M. Chiarelli pouvait par ailleurs demander une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire sous le régime de la LIPR, ce fait à lui seul ne change rien à l’énoncé général de la Cour à propos du droit du législateur de fixer les conditions légales dans lesquelles des non-citoyens seront autorisés à entrer au Canada et à y rester. La condition de résidence qui est fondée sur la criminalité a été considérée comme « un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d’un cas où il n’est pas dans l’intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays » (à la page 734).

[22] Dans l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, la Cour a réitéré la position qu’elle avait énoncée dans l’arrêt *Chiarelli*, à savoir que l’article 7 de la Charte n’exige pas d’accorder la possibilité d’un appel, fondé sur des motifs de compassion, contre la décision d’expulser une personne pour grande criminalité, même s’il a été signalé qu’il était par ailleurs possible de demander une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’article 25.

[23] Le précédent le plus probant à l’appui de l’argument de M. Goodman voulant que les principes de justice fondamentale visés à l’alinéa 2e) puissent inclure des obligations juridiques substantielles est la décision qu’a rendue la juge Jocelyne Gagné dans l’affaire *Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 473, [2017] 4 R.C.F. 555. Il s’agissait d’une affaire de révocation de la citoyenneté. La juge Gagné a fait remarquer

appeal gave rise to a high degree of procedural fairness. The statutory revocation process was deemed to be unfair under paragraph 2(e) because it lacked a right to an oral hearing before an independent decision-maker and was deficient in the provision of disclosure. I am in full accord with those aspects of the decision.

[24] Justice Gagné next considered whether there was an obligation on the Minister to consider H&C factors before revoking citizenship. Relying on the decisions in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 2 S.C.R. 44, and *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, she found that there was such an obligation. The decisions in *Khadr*, and *Federation of Law Societies* were, however, based on principles of fundamental justice arising under the Charter and not under paragraph 2(e) of the Bill of Rights. I am not aware of any other decision where paragraph 2(e) of the Bill of Rights has been applied to import substantive legal rights to an administrative decision. Furthermore, unlike this case, the citizenship revocation scheme examined by Justice Gagné appears not to have expressly excluded H&C factors from consideration by the Minister. It is one thing to compel an administrative decision maker to take account of H&C factors where the legislation does not expressly remove that right. It is quite another thing to ignore the express will of Parliament to remove H&C discretion in certain cases of serious criminality.

[25] With all due respect to my colleague, to the extent that the ratio in *Hassouna*, above, differs from my own analysis about the scope of paragraph 2(e), I decline to follow it.

[26] Several authorities have been cited in support of Mr. Goodman's argument that paragraph 2(e) of the Bill of Rights demands discretion to consider H&C factors in cases like his. This argument is, however, supported

que la perte possible de ce statut important et l'absence d'un droit d'appel donnaient lieu à un degré élevé d'équité procédurale. Le processus de révocation prévu par la loi a été jugé inéquitable au regard de l'alinéa 2e) parce qu'il y manquait un droit à une audience devant un décideur indépendant et qu'il était lacunaire sur le plan de la divulgation des documents pertinents. Je suis entièrement d'accord avec ces aspects-là de la décision.

[24] La juge Gagné a examiné ensuite si le ministre était tenu de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire avant de révoquer la citoyenneté. Se fondant sur les arrêts *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 2 R.C.S. 44, et *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, elle a conclu que oui. Les décisions rendues dans ces deux arrêts reposaient toutefois sur des principes de justice fondamentale qui découlaient de la Charte et non de l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits. Je ne suis au courant d'aucune autre décision dans laquelle l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits a été appliqué pour importer des droits juridiques substantiels dans une décision administrative. De plus, contrairement au cas d'espèce, le régime de révocation de la citoyenneté que la juge Gagné a examiné semble ne pas empêcher expressément le ministre de prendre en considération des facteurs d'ordre humanitaire. Contraindre un décideur administratif à prendre en compte des facteurs d'ordre humanitaire dans une situation où la loi ne retire pas expressément ce droit, c'est une chose. Mais faire fi de la volonté explicite du législateur de supprimer le pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire dans certaines affaires de grande criminalité, c'est tout autre chose.

[25] Ceci étant dit en toute déférence pour ma collègue, dans la mesure où le raisonnement exposé dans la décision *Hassouna*, précitée, diffère de ma propre analyse au sujet de la portée de l'alinéa 2e), je m'abstiens de le suivre.

[26] Plusieurs précédents ont été cités à l'appui de l'argument de M. Goodman selon lequel l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits exige un certain pouvoir discrétionnaire pour prendre en considération des facteurs d'ordre

by the debatable inference that, because courts have sometimes recognized the availability and importance of H&C relief in their interpretation of other provisions in the IRPA, that form of relief has taken on a quasi-constitutional character that is beyond parliamentary reach.

[27] For example, in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, the Court interpreted the scope of ministerial discretion under subsection 34(2) having regard to the broader availability of H&C relief under section 25. The Court stated that section 34 should not be transformed into an alternative humanitarian review by affording a broad discretion to the Minister (at paragraph 84). I accept that this interpretation drew some support from the availability of a broader H&C discretion under section 25. The *Agraira* decision does not, however, stand for the proposition that Parliament could not later narrow or eliminate the availability of H&C relief for some individuals based on their established misconduct.

[28] In *Hameed v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1353, 38 Imm. L.R. (4th) 278, [2015] F.C.J. No. 1488 (QL), Justice Anne Mactavish was invited to revisit the holding in *Agraira* in light of the 2013 amendments to section 25 of the IRPA. Justice Mactavish quite correctly declined that submission and observed that *Agraira* was binding both on the Minister and the Court. She was, accordingly, unwilling to expand the scope of ministerial discretion under subsection 34(2) to include broad H&C considerations. The same general sentiment is found in the decision of *Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492, where a legislative amendment to lower the inadmissibility threshold for serious criminality and to curtail a right of appeal was said to be “of no import in determining the participatory rights of the persons concerned” (at

humanitaire dans des affaires comme la sienne. Cet argument est toutefois étayé par l’inférence discutable selon laquelle, vu que les tribunaux ont parfois reconnu la disponibilité et l’importance d’une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire dans le cadre de leur interprétation d’autres dispositions de la LIPR, cette forme de dispense revêt maintenant un caractère quasi constitutionnel qui est hors de la portée du législateur.

[27] Par exemple, dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, la Cour a interprété la portée du pouvoir discrétionnaire ministériel que confère le paragraphe 34(2), compte tenu de la possibilité plus vaste de demander une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’article 25. Elle a déclaré qu’il ne faudrait pas transformer l’article 34 en une formule de rechange à l’examen fondé sur des motifs d’ordre humanitaire en conférant au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire (au paragraphe 84). Je conviens que cette interprétation a pris appui dans une certaine mesure sur l’existence d’un pouvoir discrétionnaire plus vaste en matière de motifs d’ordre humanitaire sous le régime de l’article 25. L’arrêt *Agraira* n’appuie toutefois pas la thèse selon laquelle le législateur ne pourrait pas restreindre ou éliminer plus tard la possibilité pour certaines personnes de demander une dispense fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, en raison de leur inconduite établie.

[28] Dans la décision *Hameed c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1353, [2015] A.C.F. n° 1488 (QL), la juge Anne Mactavish a été appelée à revoir la conclusion tirée dans l’arrêt *Agraira* à la lumière des modifications apportées en 2013 à l’article 25 de la LIPR. Elle a rejeté à juste titre l’argument et a fait remarquer que l’arrêt *Agraira* liait à la fois le ministre et la Cour. Elle n’était donc pas disposée à élargir la portée du pouvoir discrétionnaire ministériel que confère le paragraphe 34(2) en vue d’englober des considérations d’ordre humanitaire générales. On relève le même sentiment général dans l’arrêt *Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492, où, la Cour a indiqué qu’une modification législative visant à abaisser le seuil d’interdiction de territoire pour grande criminalité et à limiter le droit

paragraph 38). These were said to be policy choices falling exclusively within Parliament's authority.

[29] I accept Mr. Goodman's point that some decisions reflecting on the correct application of H&C factors speak to the importance of that discretion in the overall scheme of the legislation: see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; and *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909. That is not to say, however, that a long-standing discretion cannot be modified or removed by Charter compliant legislative amendment.

[30] Even if I am wrong about the limited scope of paragraph 2(e), it is well established that a principle of fundamental justice will only be recognized where the authorities establish a strong and widespread societal consensus that the principle is essential to achieving adjudicative fairness: see *R. v. Malmö-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 113.

[31] The authorities relied upon by Mr. Goodman fail to show that H&C discretion is essential to achieving fairness in the kinds of cases that are excluded by section 25. Indeed, there is another legitimate view that, short of removing foreign nationals to places where their personal safety is at risk, the perpetrators of the most serious forms of criminality involving terrorism, crimes against humanity, war crimes and organized crime ought not to enjoy the benefit of a broad equitable discretion to remain in Canada, particularly where some ministerial discretionary relief and a risk analysis remain available.

d'appel n'était « d'aucune importance pour ce qui est de déterminer les droits de participation des personnes en cause » (au paragraphe 38). Il s'agissait censément de choix de principe qui relevaient exclusivement du pouvoir du législateur.

[29] Je souscris à l'argument de M. Goodman selon lequel quelques décisions portant sur l'application correcte des facteurs d'ordre humanitaire parlent de l'importance de ce pouvoir discrétionnaire dans l'esprit général de la loi : voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; et *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909. Mais cela ne veut pas dire, toutefois, qu'un pouvoir discrétionnaire de longue date ne peut pas être modifié ou supprimé au moyen d'une modification législative conforme à la Charte.

[30] Même si je me trompe au sujet de la portée restreinte de l'alinéa 2e), il est bien établi qu'un principe de justice fondamentale n'est reconnu que si la jurisprudence établit un consensus social solide et généralisé selon lequel ce principe est essentiel pour assurer le respect de l'équité décisionnelle : voir *R. c. Malmö-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 113.

[31] Les précédents qu'invoque M. Goodman ne montrent pas qu'il est essentiel de disposer d'un pouvoir discrétionnaire en matière de motifs d'ordre humanitaire pour assurer le respect de l'équité dans les genres d'affaires que l'article 25 exclut. En fait, il existe un autre point de vue légitime : à moins qu'il soit question de renvoyer un étranger à un endroit où sa sécurité personnelle est à risque, les auteurs des formes les plus graves de criminalité, qui impliquent des actes de terrorisme, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des activités criminelles organisées ne devraient pas bénéficier de l'avantage d'un vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'équité pour rester au Canada, surtout s'il demeure possible de demander une dispense ministérielle discrétionnaire quelconque et de se prévaloir d'une analyse de risques.

[32] My views on this issue have been reinforced by the recent Federal Court of Appeal decision in *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 310 A.C.W.S. (3d) 382. There the Court was dealing with differential access to a right of appeal before the Refugee Appeal Division (RAD). The argument was that this restriction for some claimants increased their risk of refoulement and violated section 7 of the Charter. The Court held that the fact that certain classes of claimants have access to procedural advantages unavailable to others was of no legal consequence, provided that other statutory mechanisms were available to these other classes of claimants to afford protection from the risks presented by refoulement. The Charter did not, therefore, compel a range of review or appeal mechanisms from every potentially disadvantageous decision. This point is driven home in the following passage from the decision [*Kreishan*, at paragraphs 121–122]:

Analogy may be drawn to other asylum claimants who, for reasons of criminality or participation in crimes against humanity, are inadmissible under Article 1F of the Convention. In commenting on the role of section 7 in relation to this category of claimants, Evans J. (as he then was) observed in *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266, (1998), 154 F.T.R. 268 (*Jekula*), “while it is true that a finding of ineligibility deprives [a] claimant of access to an important right, namely the right to have a claim determined by the Refugee Division, this right is not included in ‘the right to life, liberty and security of the person’” ... “[A] determination that a refugee claimant is not eligible to have access to the Refugee Division is merely one step in the administrative process that may lead eventually to removal from Canada” (at paragraphs 31–32).

So too is the denial of an appeal to the RAD. It is but one measure in a process that may lead to removal. The section 7 interests of all claimants, regardless of the underlying administrative basis of their rejection—excluded under Article 1F, rejected by the RAD or rejected by the RPD, ineligible to appeal as having no credible basis—are protected at the removal stage, whether by a PRRA, a request to defer removal or the right to seek a stay of removal in the Federal Court. This section does not mandate appeals or judicial review at every stage of the process (*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267, 155 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.)).

[32] Mon point de vue sur la question est renforcé par une décision récente de la Cour d’appel fédérale : *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299. La question dans cette affaire portait sur la possibilité de se prévaloir d’un droit d’appel devant la Section d’appel des réfugiés (la SAR). L’argument était que la restriction imposée à certains demandeurs d’asile aggravait le risque qu’ils soient refoulés et contrevenait à l’article 7 de la Charte. La Cour a décrété que le fait que certaines catégories de demandeurs d’asile aient accès à des avantages procéduraux dont ne disposent pas d’autres personnes n’a aucune conséquence juridique, à condition qu’il existe pour ces autres catégories de demandeurs d’asile d’autres mécanismes législatifs pouvant les protéger contre les risques que présente le refoulement. La Charte n’oblige donc pas à disposer d’un éventail de mécanismes de contrôle ou d’appel contre toutes les décisions potentiellement désavantageuses. Ce point est clairement énoncé dans le passage suivant, tiré de cet arrêt [*Kreishan*, aux paragraphes 121 et 122] :

Une analogie peut être établie avec les autres demandeurs d’asile qui, pour des raisons de criminalité ou de participation à des crimes contre l’humanité, sont inadmissibles au titre de l’article 1F de la Convention. Commentant le rôle de l’article 7 en lien avec cette catégorie de demandeurs, le juge Evans (tel était alors son titre) a observé, dans la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (*Jekula*), que « s’il est vrai qu’un verdict d’irrecevabilité dénie à la demanderesse l’exercice d’un droit important, ce droit n’est pas compris dans “le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » [...] « [l]a conclusion que la revendication n’est pas recevable n’est qu’une étape dans le processus administratif qui pourrait aboutir au renvoi hors du Canada » (aux paragraphes 31 et 32).

Il en va de même du déni du droit d’interjeter appel à la SAR. Ce n’est qu’une mesure dans un processus qui pourrait aboutir au renvoi. Les droits que garantit l’article 7 à tous les demandeurs, quels que soit le motif administratif justifiant le rejet de leur demande – à l’exception des motifs prévus à l’article 1F, du rejet par la SAR ou par la SPR et de l’irrecevabilité de la demande en l’absence d’un minimum de fondement – sont protégés à l’étape du renvoi, que ce soit par la présentation d’une demande d’ERAR ou de report de la mesure de renvoi ou par le droit de demander à la Cour fédérale de surseoir au renvoi. Cet article n’exige pas qu’il soit donné la possibilité

[33] It seems to me that this same logic applies to Mr. Goodman's argument. In simple terms, he does not enjoy a right to a full-fledged H&C assessment. It is only at the point of *de facto* removal that his Charter interests may be engaged, and not before.

[34] Mr. Goodman's reliance on the decisions in *Air Canada c. Canada (Procureure générale)*, [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.), and *Canadian National Railway Company v. Western Canadian Coal Corporation*, 2007 FC 371, 309 F.T.R. 286, is similarly misplaced. Those decisions stand only for the proposition that when economic interests have been affected, a party is entitled under paragraph 2(e) of the Bill of Rights to a fair hearing involving minimum procedural safeguards. That provision does not protect the economic interests at play, but only provides that a fair method of possible recourse is available. This point was earlier made in *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 228, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422, [1985] S.C.J. No. 11 (QL) [at paragraphs 95–97]:

In view of the last sentence in the Attorney General's acknowledgment quoted above, I am not absolutely clear whether or not it was conceded by the Attorney General that the "rights" referred to in s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* are not the same rights or rights of the same nature as those which are enumerated in s. 1, including "the right of the individual to life, liberty, security of the person... and the right not to be deprived thereof except by due process of law".

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designated as "human rights and fundamental freedoms" whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one's "rights and obligations", whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to "the rights or freedoms

d'interjeter appel ou de demander un contrôle judiciaire à chaque étape du processus (*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267, 155 Imm. L.R. (2d) 40 (F.C.T.D.)).

[33] Il me semble que la même logique s'applique à l'argument qu'invoque M. Goodman. Pour dire les choses simplement, celui-ci ne bénéficie pas du droit à une évaluation complète des motifs d'ordre humanitaire. Ce n'est qu'au stade du renvoi de fait que les droits que lui confère la Charte peuvent entrer en jeu, et pas avant.

[34] Il est également erroné de la part de M. Goodman de se fonder sur l'arrêt *Air Canada c. Canada (Procureure générale)*, [2003] R.J.Q. 322, (2003), 222 D.L.R. (4th) 385 (C.A.), et sur la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Western Canadian Coal Corporation*, 2007 CF 371. Ces deux décisions étaient uniquement la thèse selon laquelle, lorsque des intérêts économiques sont touchés, une partie a droit, sous le régime de l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits, à une audition impartiale comportant un minimum de garanties procédurales. Cette disposition ne protège pas les intérêts économiques en jeu; elle prévoit seulement une méthode équitable pour demander un redressement. Cet argument avait déjà été invoqué dans l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 228, [1985] A.C.S. n° 11 (QL) [aux paragraphes 95 à 97] :

Compte tenu de la dernière phrase de la reconnaissance du procureur général, je ne suis pas tout à fait convaincu qu'il ait reconnu que les « droits » mentionnés à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne sont pas les mêmes droits, ou des droits de même nature, que ceux énumérés à l'art. 1, dont « le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne... et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ».

Quoi qu'il en soit, il me semble évident que l'al. 2e) a une portée plus large que la liste des droits énumérés à l'art. 1 et désignés comme « droits de l'homme et libertés fondamentales », tandis qu'à l'al. 2e), ce que protège le droit à une audition impartiale, c'est la définition des « droits et obligations » d'une personne quels qu'ils soient et dans tous les cas où le processus de définition relève de l'autorité législative du Parlement du Canada. Il est vrai que la première partie de l'art. 2 parle « des droits

herein recognized and declared”, but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely “the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice” for the determination of one’s rights and obligations, fundamental or not. It is my view that, as was submitted by Mr. Coveney, it is possible to apply s. 2(e) without making reference to s. 1 and that the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the “due process” concept mentioned in s. 1(a).

Accordingly, the process of determining and redetermining appellants’ refugee claims involves the determination of rights and obligations for which the appellants have, under s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. It follows also that this case is distinguishable from cases where a mere privilege was refused or revoked, such as *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, and *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570.

III. Were the ID and Ministerial Decisions Unreasonable?

[35] Notwithstanding Mr. Goodman’s concession of inadmissibility based on his membership in the INLA, he seeks to challenge some of the ID’s findings concerning his personal culpability. He is concerned about those findings because they were adopted by the Minister in the later decision denying him relief under subsection 34(2) of the IRPA. Because the two decisions are linked, Mr. Goodman seeks to attack both on the basis that they contain common and material evidentiary errors and are, therefore, unreasonable.

[36] I do not accept that the ID’s decision can be challenged in this way. The ID’s authority was limited to the determination of Mr. Goodman’s admissibility. Because that issue was not in dispute, it is of no legal consequence that the ID went on to make some additional observations about Mr. Goodman’s level of complicity in the INLA’s crimes. It is arguably open to Mr. Goodman, however, to seek relief based on the reasonableness of the Minister’s treatment of the ID’s findings.

ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes », mais l’al. 2e) protège un droit fondamental, savoir le « droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale », pour la définition des droits et des obligations d’une personne, qu’ils soient fondamentaux ou non. Je suis d’avis que comme l’a fait valoir M^c Coveney, il est possible d’appliquer l’al. 2e) sans se référer à l’art. 1 et que le droit garanti par l’al. 2e) n’est nullement limité par la notion “d’application régulière de la loi” mentionnée à l’al. 1a).

En conséquence, la procédure d’examen et de réexamen des revendications du statut de réfugié des appelants comporte la définition de droits et d’obligations à l’égard desquels les appelants ont droit, en vertu de l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale. Il s’ensuit également que cette affaire peut être distinguée de celles où un simple privilège a été refusé ou révoqué comme, par exemple, dans les affaires *Prata c. Ministre de la Main-d’oeuvre et de l’Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, et *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570.

III. La décision de la SI et la décision ministérielle étaient-elles déraisonnables?

[35] Malgré que M. Goodman reconnaisse qu’il est interdit de territoire du fait de son appartenance à l’INLA, il cherche à contester certaines des conclusions que la SI a tirées à propos de sa culpabilité personnelle. Il se préoccupe de ces conclusions parce que le ministre les a adoptées dans la décision ultérieure qui le prive d’une dispense au titre du paragraphe 34(2) de la LIPR. Les deux décisions étant liées, M. Goodman souhaite les contester toutes deux, au motif qu’elles renferment des erreurs relatives à la preuve qui sont communes et graves et que ces décisions sont donc déraisonnables.

[36] Je ne suis pas d’accord que l’on puisse contester ainsi la décision de la SI. Le pouvoir de cette dernière se limitait à rendre une décision concernant l’interdiction de territoire de M. Goodman. Comme cette question n’a pas été contestée, le fait que la SI ait fait par la suite quelques observations supplémentaires sur le degré de complicité de M. Goodman dans les crimes de l’INLA n’a aucune conséquence juridique. On pourrait dire toutefois qu’il est loisible à M. Goodman de solliciter une dispense en se fondant sur le caractère raisonnable de la manière dont le ministre a traité les conclusions de la SI.

[37] Mr. Goodman argues that the Minister erred by adopting the ID's "unreasonable" findings in exercising the statutory discretion to excuse his inadmissibility. This, of course, pre-supposes that it was not open to the Minister to accept the ID's evidentiary findings at face value. It is unnecessary, however, to resolve this issue. This is so because I have concluded that the ID's findings as challenged by Mr. Goodman are reasonable, based on the evidence. It follows from this that the Minister's adoption of those findings was also reasonable.

[38] Mr. Goodman asserts that the ID ignored and misapprehended material evidence and, in so doing, made unreasonable factual findings about his complicity in the worst aspects of violence carried out by the INLA during the period of his membership. [***]

[39] Mr. Goodman argues that the ID made two fundamental errors in the assessment of the evidence bearing on the structure of the INLA. These errors led it to wrongly conclude that, throughout the time of Mr. Goodman's membership, it was a unitary organization, albeit one that was, at times, riven by feuding and disagreements about the use of violence.

[40] In particular, Mr. Goodman challenges the reasonableness of two statements from the ID's decision. The first is found in paragraph 59 where the ID found "that there was no real ideological rift between the factions" (ie. the traditionalists and the Steenson group). Mr. Goodman also challenges the content of paragraph 61 which states:

... There is no evidence that supports this conclusion. Mr. [Holland], Mr. [Goodman's] own expert witness, on the activities of [Stenson], "[Stenson], no. There's no evidence that [Stenson] was ever involved in what we would call ordinary crime, or in a sectarian attack. He was—he was ruthless and cold-blooded in his attacks, but [*sic*] he tended to direct them very specifically against police and army targets. Even his enemies admit that, in the police. [Footnote omitted.]

[37] M. Goodman fait valoir que le ministre a commis une erreur en adoptant les conclusions [TRADUCTION] « déraisonnables » de la SI et en exerçant le pouvoir discrétionnaire que prévoit la loi pour justifier son interdiction de territoire. Cela présuppose, bien sûr, qu'il n'était pas loisible au ministre de souscrire sans réserve aux conclusions que la SI a tirées au sujet de la preuve. Il est toutefois inutile que je tranche cette question car j'ai conclu que, au vu de la preuve, les conclusions de la SI que conteste M. Goodman sont raisonnables. Il s'ensuit donc qu'il était raisonnable aussi de la part du ministre de faire siennes ces conclusions.

[38] M. Goodman affirme que la SI a exclu et interprété erronément des éléments de preuve importants et que, en agissant ainsi, elle a tiré des conclusions de fait déraisonnables quant à sa complicité dans les aspects les plus répréhensibles de la violence à laquelle s'est livrée l'INLA pendant la période où il en a été membre. [***]

[39] M. Goodman fait valoir que la SI a commis deux erreurs fondamentales quand elle a évalué les éléments de preuve relatifs à la structure de l'INLA. Ces erreurs l'ont amenée à conclure à tort que, pendant toute la période où M. Goodman a été membre de l'INLA, il s'agissait d'une organisation unitaire, quoique déchirée parfois par des conflits et des désaccords quant au recours à la violence.

[40] En particulier, M. Goodman conteste le caractère raisonnable de deux énoncés qui figurent dans la décision de la SI. Le premier se trouve au paragraphe 59, où la SI a conclu qu'« il n'y avait pas de véritable clivage idéologique entre les factions » (c.-à-d., les traditionalistes et le groupe de Steenson). Il conteste également la teneur du paragraphe 61, dont le texte est le suivant :

[...] Aucune preuve n'appuie cette conclusion. M. [Holland], le propre témoin expert de M. [Goodman], a déclaré ceci au sujet des activités de M. [Stenson] : [TRADUCTION] « [Stenson], non. Il n'y a aucune preuve que [Stenson] [n']ait jamais été impliqué dans ce que nous appellerions un crime ordinaire, ou dans une attaque sectaire. Il était – il était impitoyable dans ses attaques, mais il avait tendance à les diriger très précisément contre des cibles de la police et de l'armée. Même ses ennemis l'admettent, dans la police. » [Renvoi omis.]

[41] Mr. Goodman complains that these findings are based on a highly selective reading of the evidence, and particularly of the testimony provided by historian Jack Holland. The ID's attribution to Mr. Holland of the opinion that there was no real ideological rift between competing INLA factions is said to have been taken out of context from a much longer answer that actually confirmed the existence of different ideological views within the INLA about the use of violence.

[42] The same criticism is made of the ID's interpretation of Mr. Holland's evidence to the effect that there was no evidence that the Steenson faction had more callous views about infliction of civilian casualties. Again, it is argued that the testimony relied upon by the ID was taken out of context and ignored Mr. Holland's other evidence that more directly addressed this issue. Mr. Goodman's argument is neatly summarized at paragraph 110 of his further memorandum of fact and law in the following way:

The evidence before the ID demonstrated that the GHQ Dublin faction had a clear policy with respect to the use of violence that differed greatly from that of Mr. Steenson and his followers. It was therefore unreasonable to attribute atrocities committed by the latter faction to the group that the Applicant belonged to. These findings are significant and undermine the ID's analysis. They are also untenable because, as will be described below, they directly impact the Ministerial Relief decision.

[43] Mr. Goodman asserts that, on a correct reading of Mr. Holland's evidence, he should not have been found responsible for the actions of the Steenson group in which he neither participated nor condoned.

[44] Mr. Goodman's allegations about the ID's supposed selective treatment of evidence—particularly the testimony from historian Mr. Holland—amounts to a disagreement about how best to interpret that evidence. The question for the Court is whether the interpretation

[41] M. Goodman se plaint que ces conclusions reposent sur une interprétation des plus sélectives de la preuve et, plus particulièrement, du témoignage de l'historien Jack Holland. La SI a attribué à M. Holland l'opinion selon laquelle il n'y avait pas de véritable clivage idéologique entre certaines factions concurrentes de l'INLA, mais cette opinion aurait été prise hors contexte. La véritable réponse de M. Holland était nettement plus longue et, en fait, confirmait l'existence d'opinions idéologiques différentes au sein de l'INLA quant au recours à la violence.

[42] La même critique est formulée à l'encontre de la manière dont la SI a interprété le témoignage de M. Holland à propos du fait qu'il n'y avait aucune preuve que la faction de Steenson avait des opinions plus insensibles quant au fait de causer des victimes civiles. Là encore, il est allégué que le témoignage sur lequel la SI s'est fondée a été pris hors contexte et faisait abstraction d'autres éléments du témoignage de M. Holland qui traitaient plus directement de cet aspect. L'argument de M. Goodman est résumé de manière claire au paragraphe 110 de son mémoire supplémentaire des faits et du droit :

[TRADUCTION] La preuve soumise à la SI montrait que la faction GHQ Dublin avait, au sujet du recours à la violence, des règles claires qui différaient nettement de celles de M. Steenson et de ses partisans. Il était donc déraisonnable d'attribuer les atrocités commises par cette dernière faction au groupe auquel appartenait le demandeur. Ces conclusions sont importantes et elles minent l'analyse de la SI. Elles sont également indéfendables car, comme nous le verrons plus loin, elles se répercutent directement sur la décision concernant la dispense ministérielle.

[43] M. Goodman affirme que, selon une interprétation juste du témoignage de M. Holland, on n'aurait pas dû le tenir responsable des agissements du groupe de Steenson, agissements auxquels il n'avait pas pris part et qu'il n'approuvait pas.

[44] Les allégations de M. Goodman à propos du prétendu traitement sélectif, par la SI, des éléments de preuve — notamment le témoignage de l'historien, M. Holland — sont assimilables à un désaccord sur la meilleure façon d'interpréter cette preuve. La question

adopted by the ID had a reasonable evidentiary foundation. In my view it did. Whether or not there were ideological differences between the so-called Belfast and Dublin factions about the indiscriminate use of violence does not seem to me to be particularly germane in the face of evidence that both factions employed tactics that resulted in the deaths of civilians.

[45] It seems to me that Mr. Goodman's complaint about the ID's supposed selective assessment of evidence is, itself, based on the isolation of passages taken out of context from the entire decision. Clearly the ID was cognizant of Mr. Goodman's point that, during the period of his membership, the INLA mostly targeted members of the military and the police. However, the ID also accepted evidence that civilians, prison guards, politicians and diplomats were sometimes the targets or incidental victims of INLA bombings and gunfire: see paragraphs 47, 50 and 63 and pages 1994, 1996, 1997 and 1969 of the CTR [certified tribunal record] in IMM-1633-15, Volume 3 of 4.

[46] The arguments that the ID erred by concluding that, at least during Mr. Goodman's tenure, the INLA was a single organization with no real ideological differences is untenable. Mr. Holland's evidence confirmed that despite some internal disagreements about the use of violence, the INLA was a unitary organization. This is the most viable conclusion to be taken from Mr. Holland's testimony below:

COUNSEL Now, you talked about the split in the IRA. In your book you've talked about it. There's splits within the INLA too?

WITNESS Yes.

COUNSEL When did those splits start developing?

WITNESS Right from the beginning there was a split. I think if you look at the map of Ireland, it'll explain

que doit trancher la Cour consiste à savoir si l'interprétation que la SI a adoptée avait un fondement probatoire raisonnable. À mon avis, oui. Le fait de savoir s'il y avait ou non des différences idéologiques entre ce que l'on appelait les factions de Belfast et de Dublin à propos du recours aveugle à la violence ne me semble pas particulièrement pertinent au regard de la preuve que ces deux factions recouraient à des tactiques qui causaient la mort de civils.

[45] Il me semble que la plainte de M. Goodman au sujet de la prétendue évaluation sélective, par la SI, des éléments de preuve repose, en soi, sur le fait d'avoir pris des passages hors du contexte de la décision globale. À l'évidence, la SI était consciente de l'argument de M. Goodman selon lequel, pendant la période où celui-ci en avait fait partie, l'INLA ciblait surtout des membres de l'armée et de la police. Toutefois, la SI a également admis la preuve que des civils, des gardiens de prison, des politiciens et des diplomates étaient parfois les cibles ou les victimes accidentelles des attentats à la bombe et des coups de feu de l'INLA : voir les paragraphes 47, 50 et 63, ainsi que les pages 1994, 1996, 1997 et 1969 du dossier certifié du tribunal dans le dossier IMM-1633-15, volume 3 sur 4.

[46] Les arguments selon lesquels la SI a commis une erreur en concluant que, durant la période où M. Goodman en a fait partie au moins, l'INLA était une organisation unique sans véritables différences idéologiques sont indéfendable. Le témoignage de M. Holland a confirmé que malgré quelques désaccords internes quant au recours à la violence, l'INLA était une organisation unitaire. C'est là la conclusion la plus viable que l'on puisse en tirer :

[TRADUCTION]

AVOCAT Maintenant, vous avez parlé de la scission au sein de l'IRA. Dans votre livre, vous en avez parlé. Y a-t-il aussi des scissions au sein de l'INLA?

TÉMOIN Oui.

AVOCAT Quand ont-elles commencé?

TÉMOIN Dès le départ, il y en a eu une. Je crois que si vous jetez un coup d'œil à la carte de l'Irlande,

why there were so many splits in republican organizations. The border which separates the north of Ireland from the republic of Ireland is partly the explanation for why it splits on development, tend to develop.

What occurs is this. That republic organizations that are active in the north of Ireland, tend to have their commanders, their upper leadership based in the south of Ireland. After awhile, those in the north of Ireland begin to feel that the people in the south of Ireland aren't supplying them with enough guns or explosives or don't understand the situation in the north of Ireland. So that builds up resentment, hostility, suspicion, and these often erupt in feuds, particularly within the INLA, as it happened four or five times in the last 25 years.

I mean there are ideological reasons also. But the main reason, I think, is the fact that the people who are carrying out the violence are in the north of Ireland and those who run the organization tend to be based in Dublin and so there's a gap that grows up over the years. This is often disguised in ideological terms, but I think it boils down to the simple fact that those in the south are far from the scene of the violence in the north.

COUNSEL You said the split in the INLA really had started developing from the very beginning.

WITNESS Yes.

COUNSEL When did it sort of become obvious that there were serious problems?

WITNESS Well, I would say about December, 1981, when one of the leaders of the INLA based in Dublin was shot by members of the INLA who were sent down from Belfast. This was an attempt at assassination which failed.

The reason was that the leadership in Belfast at that time under the control of a man called Steenson (ph), Jerid Steenson, was angry and annoyed, because they thought that the Dublin based people were not supplying them with weapons and not supporting their struggle in the north with the kind of enthusiasm that they thought they deserved. They had also had disputes with people in Belfast who were linked to the Dublin leadership, namely Sean Flynn, Jackie Goodman, Bernard Dorian.

vous verrez pourquoi il y a eu autant de scissions dans les organisations républicaines. La frontière qui sépare le nord de l'Irlande de la République de l'Irlande explique en partie pourquoi ces scissions ont eu tendance à se former.

Voici ce qui se passe. Les organisations républicaines qui sont actives dans le nord de l'Irlande ont habituellement leurs commandants, leurs hauts dirigeants qui sont situés dans le sud de l'Irlande. Après un certain temps, ceux du nord de l'Irlande commencent à avoir le sentiment que les gens du sud de l'Irlande ne leur procurent pas assez d'armes ou d'explosifs ou qu'ils ne comprennent pas la situation dans le nord. C'est ainsi que s'accumulent les ressentiments, l'hostilité, les soupçons, et que ces sentiments éclatent en conflits, surtout au sein de l'INLA, comme cela est arrivé à quatre ou cinq reprises au cours des 25 dernières années.

C'est-à-dire qu'il y a aussi des raisons idéologiques. Mais la principale raison, je crois, est le fait que les gens qui se livrent à des actes de violence se trouvent dans le nord de l'Irlande et que ceux qui dirigent l'organisation sont habituellement basés à Dublin, et il y a donc une fracture qui s'élargit au fil des ans. La situation est souvent camouflée sous des aspects idéologiques, mais je crois qu'elle se résume au simple fait que ceux qui se trouvent dans le sud sont loin des lieux où sévit la violence dans le nord.

AVOCAT Vous avez dit que la scission dans l'INLA a, en fait, commencé à se former dès le départ.

TÉMOIN Oui.

AVOCAT Quand est-il devenu évident, en quelque sorte, qu'il y avait de graves problèmes?

TÉMOIN Eh bien, je dirais vers décembre 1981, quand l'un des dirigeants de l'INLA basé à Dublin a été la cible de coups de feu de la part de membres de l'INLA, envoyés depuis Belfast. C'était une tentative d'assassinat qui a échoué.

La raison était que les dirigeants de Belfast à cette époque, qui étaient sous le contrôle d'un homme appelé Steenson (ph), Jerid Steenson, étaient en colère et irrités parce qu'ils pensaient que Dublin ne leur fournissait pas d'armes et n'appuyait pas leur lutte dans le nord avec autant d'enthousiasme qu'ils pensaient mériter. Ils avaient eu aussi des désaccords avec des gens de Belfast qui étaient liés aux dirigeants de Dublin, c'est-à-dire Sean Flynn, Jackie Goodman, Bernard Dorian.

...

[...]

WITNESS As far as I'm aware, that was the first. There had been disputes, but they were verbal disputes. They were disagreements. They were arguing continually about what the course of the organization should be, what tactics they should employ, et cetera, et cetera. But that was the first time when these disputes actually led to violence within the organization. In other words, the first time that there was an attempt by one faction within the INLA to physically remove another faction through violence.

COUNSEL So Mr. Goodman was on the side that supported the headquarters in Dublin.

WITNESS Flynn.

COUNSEL The Flynn faction. So I'll call them the Steenson faction and the Flynn faction.

WITNESS Okay.

COUNSEL In terms of Steenson, the Steenson faction, would you characterize the split as having an ideological base as well?

WITNESS At that time, I must confess, I did not see much of an ideological basis for the split. I think that was an example of a split created by the gulf between the leadership and Dublin and some of the activists in Belfast, particularly the younger activists. Steenson was only 23 at the time. Most of those around him, people like Sparky Barkly, Harry Kirpatrick, Sean Mackin, Ta Parr (ph), or John O'Reilly, were in his age group. They had been teenagers when the troubles started in the north of Ireland in 1969, or they'd be even younger, in fact.

Whereas the Flynn faction had been in the IRA at the time of the split in 1969, 1970 or had joined around that time. They had come from a background of the civil rights movement. So they tended to think more politically than the Steenson faction. The Steenson faction had grown up in an atmosphere of total violence and had really at that point no goal, other than to inflict as much violence as they thought they could in order to achieve their aims.

This was resisted by the Flynn faction as being inadequate. They weren't opposed to the use of violence, they were simply opposed to the use of violence by itself and they regarded that a political solution had to be arrived at some stage. So they were eager on building a political organization alongside a para-military organization.

TÉMOIN Pour autant que je sache, cela a été la première. Il y avait eu des différends, mais ils étaient verbaux. Il y avait des désaccords. Ils se disputaient sans cesse sur ce que l'organisation devait faire, sur les tactiques qu'ils devaient employer, etc. Mais c'était la première fois que ces différends se traduisaient par des actes de violence au sein de l'organisation. Autrement dit, la première fois qu'il y avait une tentative de la part d'une faction de l'INLA d'éliminer physiquement une autre faction en recourant à la violence.

AVOCAT Donc, M. Goodman était du côté qui soutenait le quartier général de Dublin.

TÉMOIN Flynn.

AVOCAT La faction de Flynn. Je les appellerai donc la faction de Steenson et la faction de Flynn.

TÉMOIN Très bien.

AVOCAT Pour ce qui est de Steenson, la faction de Steenson, diriez-vous que la scission avait également un fondement idéologique?

TÉMOIN À cette époque, je dois le dire, je ne considérais pas que la scission avait un profond fondement idéologique. Je crois qu'il s'agit là d'un exemple de scission créé par le gouffre qui séparait les dirigeants et Dublin et certains des activistes de Belfast, les plus jeunes surtout. Steenson n'était âgé que de 23 ans à l'époque. La plupart de ceux qui l'entouraient, comme Sparky Barkly, Harry Kirpatrick, Sean Mackin, Ta Parr (ph) ou John O'Reilly, étaient du même âge. Ils étaient adolescents quand les troubles avaient débuté dans le nord de l'Irlande en 1969; en fait, ils étaient peut-être même encore plus jeunes que cela.

La faction de Flynn était présente dans l'IRA au moment de la scission de 1969, 1970, ou elle s'était jointe à ce groupe à cette époque environ. Ses membres étaient issus du mouvement des droits civiques. Ils avaient donc tendance à réfléchir de manière plus politique que la faction de Steenson. Celle-ci avait grandi dans une atmosphère de violence totale et, en fait, à ce stade-là, ses membres n'avaient aucun objectif, sinon infliger le plus de violence possible afin d'atteindre leurs visées.

La faction de Flynn s'y opposait parce ses membres jugeaient que c'était inadéquat. Ils n'étaient pas opposés à l'idée de recourir à la violence, ils étaient tout simplement opposés à l'idée de recourir uniquement à la violence et ils considéraient qu'il allait falloir trouver un jour une solution politique. Ils avaient donc pour projet de bâtir une

COUNSEL Was the headquarters in Dublin able to control the Steenson faction?

WITNESS No. No one was able to control Jerid Steenson.

COUNSEL Why not?

WITNESS Put it this way, he was ambitious, he was extremely calculating, he was very wilful. He had the knack of gathering around him men, young men, who would do whatever he wanted them to do. As it turned out, he was a very poor judge of character, because there's a sort of people that followed him who were often petty criminals who would really – you know, politics was not part of their agenda.

They were certainly prepared to go out and commit acts of violence and Steenson allowed them to do so and he didn't really care what they did afterwards, if they went and robbed a bank or a post office and pocketed the money. I don't think Steenson really cared, as long as they were there when he wanted them to be there to carry out acts of violence.

[47] I accept the Minister's point that the ID did not find that no ideological differences existed within the INLA. The statement Mr. Goodman challenges is qualified and refers to the absence of a "real ideological rift". This is a fair characterization of Mr. Holland's evidence. More to the point is the fact that Mr. Goodman was a [***] member of the INLA well before Mr. Steenson arrived on the leadership scene, and he left the INLA shortly after Mr. Steenson took control in Belfast. As the ID noted at paragraph 63 of its decision, Mr. Goodman [***] [***] before Mr. Steenson's appearance and thus complicit in many of the violent acts listed at paragraph 47.

[48] In effect, what the ID found was that the Steenson group was undisciplined, ruthless and more tolerant of non-military casualties. The ID also found, however, that the earlier, more moderate INLA leadership [***] had also been responsible for deadly attacks on civilian

organisation politique parallèlement à une organisation paramilitaire.

AVOCAT Le quartier général de Dublin était-il en mesure de contrôler la faction de Steenson?

TÉMOIN Non. Personne ne pouvait contrôler Jerid Steenson.

AVOCAT Pourquoi pas?

TÉMOIN Disons qu'il était ambitieux, il était très calculateur, très volontaire. Il avait le don de s'entourer d'hommes, de jeunes hommes, qui feraient tout ce qu'il voulait qu'ils fassent. En fin de compte, il n'était pas bon pour juger le caractère des gens, parce que ceux qui l'entouraient étaient souvent de petits délinquants qui, en fait – vous savez, la politique ne faisait pas partie de leurs intentions.

Ils étaient certainement prêts à s'élancer et à commettre des actes de violence, et Steenson les laissait faire et ne se souciait pas vraiment de ce qu'ils faisaient par la suite, s'ils s'en allaient braquer une banque ou un bureau de poste et s'ils empochaient l'argent. Je ne pense pas que Steenson s'en souciait vraiment, tant qu'ils étaient là quand il avait besoin d'eux pour commettre des actes de violence.

[47] Je souscris à l'argument du ministre selon lequel la SI n'est pas arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de différences idéologiques au sein de l'INLA. L'énoncé que conteste M. Goodman est nuancé et fait mention de l'absence d'un [TRADUCTION] « véritable clivage idéologique ». Il s'agit là d'une façon juste de décrire le témoignage de M. Holland. Un point plus pertinent est le fait que M. Goodman était un membre [***] de l'INLA bien avant que M. Steenson se joigne aux dirigeants, et il a quitté l'INLA peu après que M. Steenson eut pris le contrôle à Belfast. Comme l'a signalé la SI au paragraphe 63 de sa décision, M. Goodman [***] avant l'apparition de M. Steenson et donc complice d'un grand nombre des actes de violence énumérés au paragraphe 47.

[48] En fait, la SI a conclu que le groupe de Steenson était indiscipliné et impitoyable et qu'il était plus tolérant envers l'idée de faire des victimes non militaires. Toutefois, la SI a également conclu que les dirigeants précédents, plus modérés, de l'INLA [***] avaient eux

targets. Mr. Goodman’s complaint that two or three of the attacks noted by the ID were simple mistakes or unattributable amounts to quibbling. The fact remains that, as the ID found, even the more moderate leaders of the INLA were committed to the use of deadly violence and, on occasion, either deliberately or incidentally killed or injured civilians. There was, accordingly, ample reason to reject Mr. Goodman’s assertion that, until Mr. Steenson’s ascension, the INLA operated under a strict code concerning the targets of its attacks.

[49] The ID also took some guidance from the decision of Justice Cecily Strickland in *Nassereddine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 85, [2015] 2 F.C.R. 63, dealing with persons who provide only humanitarian or non-violent assistance in support of a terrorist cause. Justice Strickland held that to avoid a complicity finding on this basis requires clear and objective evidence of the existence of a separate and distinct structure and operation dedicated to non-violence. I agree with this view. It is simply not open to an [***] member of a terrorist organization—like Mr. Goodman—to avoid the consequences of that membership [***]. By staying involved, Mr. Goodman was complicit.

[50] The ID’s conclusion that, during the period of Mr. Goodman’s involvement, the INLA was a single organization also had substantial evidentiary support. Mr. Holland testified that some republican and loyalist paramilitary groups did separate and form new organizations, but he did not suggest that that was the fate of the INLA—at least before Mr. Goodman’s departure.

[51] [***] Although there were factional disputes within the INLA or, as Mr. Holland described it, “tensions”, it was not unreasonable for the ID to conclude that the INLA remained a single violent organization.

aussi été responsables d’attaques mortelles contre des cibles civiles. La plainte de M. Goodman selon laquelle deux ou trois des attaques signalées par la SI étaient de simples erreurs ou n’étaient pas attribuables à l’INLA n’est que de l’ergotage. Le fait est que, comme la SI l’a conclu, même les dirigeants les plus modérés de l’INLA étaient résolus à recourir à des actes de violence mortels et, à l’occasion, ils avaient, soit délibérément soit accidentellement, tué ou blessé des civils. Il y avait donc de bonnes raisons de rejeter l’affirmation de M. Goodman selon laquelle, avant l’ascension de M. Steenson, l’INLA agissait selon un code strict pour ce qui était des cibles de ses attaques.

[49] La SI s’est également inspirée de la décision de la juge Cecily Strickland dans l’affaire *Nassereddine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 85, [2015] 2 R.C.F. 63, qui concernait les personnes qui ne prêtent qu’une assistance humanitaire ou non violente à une cause terroriste. La juge Strickland a décrété que, pour éviter de tirer une conclusion de complicité sur ce fondement, il faut une preuve claire et objective de l’existence d’une structure et d’une opération séparées et distinctes, vouées à la non-violence. Je souscris à ce point de vue. Il n’est tout simplement pas loisible à un membre [***] d’une organisation terroriste — comme M. Goodman — d’éviter les conséquences de cette appartenance [***]. En demeurant impliqué, M. Goodman était complice.

[50] La conclusion de la SI selon laquelle au cours de la période pendant laquelle M. Goodman a été membre de l’INLA celle-ci était une organisation unique trouve elle aussi un appui solide dans la preuve produite. M. Holland a déclaré que quelques groupes paramilitaires républicains et loyalistes se sont bel et bien séparés et ont formé de nouvelles organisations, mais il n’a pas laissé entendre que c’était là le sort que l’INLA avait connu — du moins pas avant le départ de M. Goodman.

[51] [***] Même s’il y avait des conflits entre factions au sein de l’INLA ou, comme M. Holland l’a décrit, des [TRADUCTION] « tensions », il n’était pas déraisonnable de la part de la SI de conclure que l’INLA était restée une organisation violente unique.

[52] I would add to the above that the Ministerial Decision did not place heavy or undue reliance on the ID's findings about ideological or operational differences within the INLA. Rather, what the Minister was most concerned about was [***] [***]—that being a point-of-view antithetical to Canadian values.

[53] The Minister's decision is thorough and reflects an appropriate understanding of the scope of the statutory discretion, and a reasonable application of that discretion to the evidence. Clearly, the Minister was under no illusions about the INLA or Mr. Goodman's involvement in its violent activities. This is evident from the Minister's comprehensive reasons, which included the following:

As previously observed, Mr. Goodman appears to be attempting to distance himself from the acts of terrorism committed by the IRA and INLA by maintaining that his role was one of administrative and logistical support and that he had no direct participation in any terrorist or violent acts. The CBSA notes that personal engagement in such activities is not a requirement to be found inadmissible under IRPA paragraph 34(1)(f), which is solely based on membership in an organization that has engaged, is engaging, or will engage in terrorism. Nonetheless, as previously documented, [***], former INLA member Patrick Francis Ward described the organization as a military hierarchy operating under strict discipline. This implies that a senior officer of the INLA would have had significant authority over and responsibility for the actions of subordinate staff or members. [***] At the time of his 1982 arrest, he was, as noted by the ID, [***], and it was "obvious that Mr. Goodman was a person with authority in the INLA" (see attachment 19). It is the conclusion of the CBSA that it is highly improbable that Mr. Goodman was not intimately aware of the terrorist actions undertaken by the INLA, and it is not unreasonable to assume that he was also involved in the development and/or transmission of related orders to his subordinates, which for a period of time prior to his 1982 arrest comprised the whole of the INLA.

Mr. Goodman demonstrated a strong degree of loyalty and commitment to the Republican cause and to its commitment to using violence to achieve its objectives.

[52] J'ajouterais à ce qui précède que la décision ministérielle n'a pas été fondée, dans une large mesure ou de manière indue, sur les conclusions que la SI a tirées au sujet des différences idéologiques ou opérationnelles au sein de l'INLA. Au contraire, ce qui préoccupait le plus le ministre était [***] — ce qui constitue un point de vue qui va à l'encontre des valeurs canadiennes.

[53] La décision du ministre est détaillée et reflète une compréhension appropriée de la portée du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi et une application raisonnable de ce pouvoir à la preuve. À l'évidence, le ministre n'avait aucune illusion au sujet de l'INLA ou de l'implication de M. Goodman dans les activités violentes de cette organisation. C'est ce qui ressort des motifs exhaustifs du ministre, qui comprennent ce qui suit :

[TRADUCTION] Comme il a été signalé plus tôt, M. Goodman semble tenter de prendre ses distances par rapport aux actes de terrorisme commis par l'IRA et l'INLA en soutenant qu'il a joué un rôle de soutien administratif et logistique et qu'il n'a pas pris directement part à des actes terroristes ou violents. L'ASFC note qu'il n'est pas obligatoire d'avoir été personnellement mêlé à de tels agissements pour être considéré comme interdit de territoire en application de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR, qui est fondé uniquement sur le fait d'avoir été membre d'une organisation qui s'est livrée, qui se livre ou qui se livrera au terrorisme. Néanmoins, comme il a été décrit plus tôt, [***], un ancien membre de l'INLA, Patrick Francis Ward, a décrit l'organisation comme une hiérarchie militaire assujettie à une discipline sévère. Cela implique qu'une personne d'un rang supérieur de l'INLA aurait exercé un pouvoir considérable et assumé des responsabilités importantes vis-à-vis des agissements des membres subalternes. [***] À l'époque de son arrestation en 1982, il était, comme l'a signalé la SI, [***], et il était « évident que M. Goodman était une personne en situation d'autorité au sein de l'INLA » (voir la pièce jointe n° 19). L'ASFC a conclu qu'il est hautement improbable que M. Goodman n'était pas intimement au fait des actes terroristes menés par l'INLA, et il n'est pas déraisonnable de présumer qu'il a également participé à l'élaboration d'ordres connexes ou à leur transmission à ses subalternes, qui, pendant un certain temps avant qu'il soit arrêté en 1982, représentaient l'ensemble des membres de l'INLA.

M. Goodman a fait montre d'un degré élevé de loyauté et d'engagement vis-à-vis la cause républicaine ainsi que d'une détermination à recourir à la violence pour atteindre

He was rewarded by his quick rise through the ranks to hold positions of increasing authority and responsibility in both organizations. He was well-versed in the structure, methods and political goals of each. [***] [***] He persevered within the movements in spite of: repeated adverse interactions with the police resulting in a total of eight criminal charges; multiple short-term detentions followed by extended periods of imprisonment during which he claimed to have been interrogated and severely mistreated; injuries sustained during an offensive; an attempted assassination by his own organization in which he was shot; and separation from his family while in hiding following the latter. Even while incarcerated for several years, he became the quartermaster and was in charge of the INLA's food supply and had authority over 40 to 50 INLA volunteers in the prison. Despite his ordeals, at no time did Mr. Goodman choose to dissociate from the movements; in fact, he accepted a promotion to the top of the INLA hierarchy after he was hospitalized following his shooting.

...

These elements have been assessed against the predominant national security and public safety considerations of his case. Specifically, for twelve years, Mr. Goodman was a [***] member of the IRA and the INLA, both paramilitary organizations which engaged in terrorist activities resulting in numerous civilian casualties (see attachment 1). The CBSA has concluded that Mr. Goodman directed and was intimately knowledgeable about the activities undertaken by these organizations. He chose to move from the IRA to the INLA specifically because of the latter organization's more aggressive stance on offensive violence. His belief in the use of violence to achieve political goals, even when peaceful alternatives existed, appears to have been ideological. He progressed steadily and quickly through the ranks, was involved in a variety of activities, held several different positions, reported to the highest levels of command, and had reached the second most senior position in the INLA at the time of his 1982 arrest. [***], he has not accepted responsibility for the actions of the organization or acknowledged the scope of the violence against civilians, notwithstanding the extensive and reliable evidence demonstrating that it was not uncommon and was at times deliberate. [***] Moreover, he continued his commitment to – and in the case of the IRA, management of—these organizations even during lengthy periods of incarceration and despite physical injury and threat of death. He did not voluntarily dissociate from the INLA and has not repudiated its past methods. While in

ses objectifs. Il a été récompensé par son ascension rapide au sein de la hiérarchie : il a occupé des postes d'autorité et de responsabilité croissantes dans les deux organisations. Il était bien au fait de la structure, des méthodes et des visées politiques de chacune. [***] Il a persévéré au sein de ces mouvements en dépit des faits suivants : des démêlés répétés avec la police, qui se sont soldés par un total de huit accusations criminelles; de multiples détentions de courte durée suivies de périodes prolongées d'incarcération au cours desquelles, prétend-il, il a été interrogé et brutalisé; des blessures subies lors d'une offensive; une tentative d'assassinat par balle de la part de sa propre organisation; ainsi que la séparation d'avec sa famille lorsqu'il s'est caché à la suite de cette tentative d'assassinat. Même pendant son incarcération qui a duré plusieurs années il est devenu le quartier-maître de son groupe et il a été responsable de l'approvisionnement alimentaire de l'INLA et exerçait une autorité sur plus de 40 à 50 volontaires de l'INLA dans la prison. Malgré ses épreuves, jamais M. Goodman n'a décidé de se dissocier des mouvements; en fait, il a accepté d'être promu au sommet de la hiérarchie de l'INLA après avoir été hospitalisé à la suite de l'attentat dirigé contre lui.

[...]

Ces éléments ont été évalués par rapport aux aspects prédominants de son dossier qui intéressent la sécurité nationale et la sûreté publique. Plus précisément, pendant 12 ans, M. Goodman a été un [***] membre de l'IRA et de l'INLA, deux organisations paramilitaires qui se sont livrées à des activités terroristes ayant fait de nombreuses victimes civiles (voir la pièce jointe n° 1). L'ASFC a conclu que M. Goodman a dirigé les activités menées par ces organisations et qu'il était intimement au fait de ces dernières. Il a décidé de passer de l'IRA à l'INLA précisément à cause de la position plus agressive de cette dernière organisation envers la violence offensive. Sa croyance en la violence pour atteindre des objectifs politiques, même quand il existait des solutions de rechange pacifiques, semble avoir été de nature idéologique. Il a gravi progressivement et rapidement les échelons, a été impliqué dans diverses activités, a occupé plusieurs postes différents, a relevé des niveaux de commandement les plus élevés et avait atteint le deuxième poste le plus élevé au sein de l'INLA au moment de son arrestation en 1982. [***], il n'a admis aucune responsabilité pour les actes de l'organisation ni reconnu l'ampleur de la violence exercée contre des civils, malgré la preuve abondante et fiable montrant que cette violence n'était pas inusitée et qu'elle était parfois délibérée. [***] Par ailleurs, il a continué d'être engagé à l'égard de ces organisations et de gérer l'IRA même pendant de longues périodes d'incarcération et en dépit de blessures et de menaces de mort. Il ne s'est

his most recent submissions he put forth that [***]—a principle which is contrary to fundamental Canadian values.

[54] I am accordingly not persuaded that either the ID or the Minister erred in their respective assessments of the evidence or in the exercise of their available discretion. Indeed, the ID had no authority at all to decide other than it did, and the Minister came to a decision that fell well within the boundaries of the limited discretion available to her.

IV. Procedural Fairness and Delay

[55] Mr. Goodman argues that the Minister acted unfairly by failing to pursue the present inadmissibility allegations in the context of earlier refugee and admissibility proceedings, thereby depriving him of more robust procedural and fact-finding rights. I will review these issues on the standard of correctness.

[56] Mr. Goodman contends that, since 1986, the Minister was aware of his involvement in the INLA; thereafter he was involved in several immigration proceedings where complicity issues could have been fully addressed and resolved. Instead, it was not until 1998 that the Minister initiated admissibility proceedings. In 2000, the Minister abandoned an allegation that Mr. Goodman had engaged in terrorism and instead elected to proceed on the sole basis of his admitted membership in the INLA. A useful summary of the procedural history involving Mr. Goodman can be found in paragraphs 4 to 6 of the ID's decision.

[57] For what it may be worth, I do not have explanations for all the delays in bringing Mr. Goodman's admissibility proceedings to a conclusion, beyond observing that some of them were at Mr. Goodman's request and some resulted from judicial challenges.

pas dissocié volontairement de l'INLA et n'a pas répudié ses méthodes passées. Même si dans ses observations les plus récentes, il a avancé que [***] — un principe qui est contraire aux valeurs canadiennes fondamentales.

[54] Je ne suis donc pas persuadé que la SI ou le ministre ont commis une erreur dans la manière dont ils ont évalué les éléments de preuve ou exercé leur pouvoir discrétionnaire. En fait, la SI n'avait aucunement le pouvoir de rendre une décision différente de celle qu'elle a rendue, et le ministre est arrivé à une décision qui se situait nettement dans les limites du pouvoir discrétionnaire restreint dont il disposait.

IV. L'équité procédurale et le retard

[55] M. Goodman soutient que le ministre a agi de manière inéquitable en omettant de donner suite aux présentes allégations d'interdiction de territoire dans le contexte d'instances antérieures en matière de demande d'asile et d'admissibilité, le privant ainsi de droits plus solides en matière de procédure et de recherche de faits. J'examinerai ces questions selon la norme de la décision correcte.

[56] M. Goodman soutient que, depuis 1986, le ministre était au courant de son implication dans l'INLA; par la suite, il a pris part à plusieurs instances en matière d'immigration dans le cadre desquelles les questions de complicité auraient pu être examinées en détail et réglées. Or, il a fallu attendre jusqu'en 1998 pour que le ministre engage des procédures d'enquête. En 2000, le ministre a laissé tomber une allégation selon laquelle M. Goodman s'était livré à des actes terroristes et il a décidé plutôt de procéder sur le seul fondement de son appartenance admise à l'INLA. Un résumé utile de l'historique procédural relatif à M. Goodman figure aux paragraphes 4 à 6 de la décision de la SI.

[57] Pour ce que cela peut valoir, je n'ai pas d'explications pour justifier le temps qu'il a fallu pour régler les procédures d'enquête relatives à M. Goodman. Je fais simplement remarquer que certaines d'entre elles ont eu lieu à la requête de M. Goodman et que d'autres étaient le fruit de contestations judiciaires.

[58] I am not persuaded that Mr. Goodman has been treated unfairly by the Minister or that he has been prejudiced by delay. Mr. Goodman has, after all, never denied his inadmissibility to Canada. At best he could only pursue relief from deportation via proceedings he was obliged to initiate and has, in fact, pursued.

[59] Furthermore, procedural unfairness does not arise from the exercise of bare strategic choices by the Minister to pursue certain recourse under the IRPA and to decline to take or to abandon other statutory options. For instance, it was neither surprising nor unfair for the Minister to seek an inadmissibility finding based on Mr. Goodman's [***] INLA membership and to abandon a more difficult-to-prove allegation of engaging in terrorism. The IRPA affords the Minister many procedural options with varying requirements of proof. In the absence of evidence of bad faith or material prejudice, the Minister's process choices are not matters of concern on judicial review and they are not a basis of relief in these cases. Although Justice Richard Mosley did observe in *Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 902, [2005] 4 F.C.R. 430, that resort to the ministerial relief option under the IRPA normally follows a finding of inadmissibility, he also held that the sequence of decision making did not on its own raise a procedural fairness concern.

V. The PRRA Decision

[60] The record in IMM-4246-16 indicates that on February 4, 2016, Mr. Goodman's counsel wrote to the decision maker (the officer) in connection with Mr. Goodman's application for a PRRA. Counsel noted that the application had been filed on April 28, 2015, and updated a few weeks later. Mr. Goodman asked that the PRRA application be held in abeyance pending the

[58] Je ne suis pas convaincu que M. Goodman a été traité de manière inéquitable par le ministre ou que les retards subis lui ont causé préjudice. Après tout, M. Goodman n'a jamais nié qu'il est interdit de territoire au Canada. Dans le meilleur des cas, il ne pouvait obtenir une dispense de son expulsion qu'au moyen d'instances qu'il était obligé d'engager et qu'il a, en fait, poursuivies.

[59] De plus, le fait que le ministre fasse de simples choix stratégiques lorsqu'il décide de prendre une certaine mesure prévue par la LIPR et lorsqu'il refuse de recourir à d'autres options prévues par la loi ou y renonce n'équivaut pas à un manquement à l'équité procédurale. Par exemple, il n'était ni surprenant ni inéquitable de la part du ministre de chercher à obtenir une conclusion d'interdiction de territoire en se fondant sur l'appartenance de M. Goodman [***] à l'INLA et de laisser tomber l'allégation, plus difficile à prouver, qu'il s'est livré au terrorisme. La LIPR offre au ministre de nombreuses options procédurales, qui comportent diverses exigences en matière de preuve. En l'absence d'une preuve de mauvaise foi ou de préjudice important, les choix que fait le ministre quant à la manière de procéder ne sont pas des sujets de préoccupation dans le cadre d'un contrôle judiciaire et ne servent pas de fondement à l'octroi d'une dispense dans les affaires de cette nature. Bien que le juge Richard Mosley ait effectivement fait remarquer dans la décision *Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 902, [2005] 4 R.C.F. 430, que le recours à l'option de la dispense ministérielle sous le régime de la LIPR suit habituellement la conclusion d'interdiction de territoire, il a également conclu que l'ordre dans lequel les décisions étaient rendues ne soulevait pas en soi de préoccupations sur le plan de l'équité procédurale.

V. La décision relative à l'ERAR

[60] Dans le dossier IMM-4246-16, il est mentionné que, le 4 février 2016, l'avocat de M. Goodman a écrit au décideur (l'agent) en lien avec la demande d'ERAR de son client. Il a signalé que la demande avait été déposée le 28 avril 2015 et mise à jour quelques semaines plus tard. M. Goodman demandait que l'on mette la demande d'ERAR en suspens en attendant l'issue de sa

determination of his outstanding application for ministerial relief—a decision that was thought to be imminent. Counsel asked the officer to respond to the request for a deferral and, if it was refused, to allow “an additional 30 days from the date of the CIC’s response in order to provide updated submissions and materials”. The officer never responded to these requests and rendered a negative decision more than six months later. Mr. Goodman contends that the officer breached the duty of fairness by failing to respond and, in particular, by failing to allow him to update his initial submissions sent in more than a year earlier.

[61] The Minister argues in opposition that it was Mr. Goodman’s obligation to perfect his PRRA application. It was open to Mr. Goodman to update his submissions at any time and, instead, he gambled on receiving a favourable response from the officer.

[62] I accept that the officer was not obliged to hold his decision in abeyance simply because Mr. Goodman requested it. The officer was, however, told that Mr. Goodman wanted to make further submissions in support of relief if the officer intended to proceed. In the context of the pending PRRA, this was a reasonable request. Depending on the length of possible delay in completing the PRRA process, the evidence bearing on risk could well change and Mr. Goodman had an interest in providing the most up-to-date evidence. The evidence before the officer did indicate that the risk facing former INLA informers tended to be volatile and current information was, therefore, of critical importance.

[63] Fairness demanded that the officer advise Mr. Goodman that he intended to proceed to a decision and then to afford an opportunity to make up-to-date submissions about risk. Silence was not an option open to the officer because, in these circumstances, it suggested acquiescence to Mr. Goodman’s request.

demande de dispense ministérielle, qui était en instance. On croyait qu’une décision était imminente dans ce dossier. L’avocat a demandé à l’agent de répondre à la demande de report et, si celle-ci était refusée, d’autoriser un [TRADUCTION] « délai supplémentaire de 30 jours à compter de la date de la réponse de CIC de manière à pouvoir fournir des observations et des documents mis à jour ». L’agent n’a jamais répondu à ces demandes et a rendu une décision défavorable plus de six mois plus tard. M. Goodman prétend que cet agent a manqué à son obligation d’équité en omettant de lui répondre et, en particulier, en ne lui permettant pas de mettre à jour ses arguments initiaux, transmis plus d’un an plus tôt.

[61] Le ministre fait valoir pour sa part que M. Goodman se trouvait dans l’obligation de parfaire sa demande d’ERAR. Il était loisible à ce dernier de mettre à jour ses arguments en tout temps, mais il a plutôt mis sur l’obtention d’une réponse favorable de la part de l’agent.

[62] J’admets que l’agent n’était pas tenu de mettre sa décision en suspens juste parce que M. Goodman lui demandait de le faire. On lui a toutefois dit que s’il avait l’intention d’aller de l’avant, M. Goodman voulait présenter des observations supplémentaires à l’appui de la dispense. Dans le contexte de la demande d’ERAR en instance, c’était là une demande raisonnable. Selon le délai pour conclure le processus d’ERAR, les éléments de preuve relatifs aux risques pouvaient fort bien changer, et M. Goodman avait intérêt à fournir les plus récents. Les éléments de preuve soumis à l’agent indiquaient bel et bien que les risques que couraient les informateurs de l’INLA avaient tendance à être imprévisibles et que des renseignements récents étaient donc d’une importance cruciale.

[63] L’équité exigeait que l’agent avise M. Goodman qu’il avait l’intention de prendre une décision et qu’il lui donne ensuite la possibilité de présenter des arguments à jour au sujet des risques en cause. Le silence n’était pas une option dont disposait l’agent car, dans ces circonstances, cela dénotait un consentement tacite à la demande de M. Goodman.

[64] If the applicant in *Naeem v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1073, 271 A.C.W.S. (3d) 382, was denied fairness by not receiving a decision in response to a deferral request, then surely Mr. Goodman was entitled to the same consideration when his deferral request was tied to a stated intention to make further submissions in advance of a final decision.

[65] It was, accordingly, unfair for the officer to proceed to a decision without warning Mr. Goodman and extending to him the requested opportunity to update his submissions. Mr. Goodman has provided examples of the evidence he would have submitted had he been given the opportunity. I agree that this evidence is material and could well have changed the outcome of the PRRA application. In the result, the PRRA decision is set aside. That application must be determined on the merits by a different decision maker, and after Mr. Goodman has been given an opportunity to make further submissions. It is unnecessary and inappropriate to comment on the officer's treatment of the evidence.

[66] I do not accept Mr. Goodman's alternative fairness argument that the officer should have awaited the Ministerial Decision because, had it been favourable, the risk assessment would not have been limited to section 97 considerations. Hypothetically, this could have been a problem but, in fact, the Ministerial Decision was not favourable, and no unfairness resulted.

VI. Conclusion

[67] The applications in IMM-1508-18 (Ministerial Decision), IMM-686-16 (Spousal Decision) and IMM-1633-15 (ID Decision) are dismissed.

[68] The application in IMM-4246-16 (PRRA Decision) is allowed, with the matter to be redetermined on the merits by a different decision maker, including the consideration of any updated submissions or evidence provided by Mr. Goodman.

[64] Si, dans l'affaire *Naeem c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1073, le demandeur s'est vu priver d'un traitement équitable en ne recevant pas une décision en réponse à une demande de report, M. Goodman avait certes droit à la même considération quand sa demande de report a été rattachée à l'intention déclarée de produire d'autres arguments avant qu'une décision finale soit rendue.

[65] Il était donc inéquitable de la part de l'agent de rendre une décision sans avertir M. Goodman et sans lui accorder la possibilité qu'il demandait de mettre à jour ses arguments. M. Goodman a donné quelques exemples des éléments de preuve qu'il aurait produits s'il en avait eu l'occasion. Je conviens que ces éléments de preuve sont importants et qu'ils auraient fort bien pu changer l'issue de la demande d'ERAR. En fin de compte, la décision relative à l'ERAR est infirmée. La demande d'ERAR doit être tranchée sur le fond par un décideur différent, après que M. Goodman aura eu la possibilité de présenter des arguments supplémentaires. Il est inutile et inapproprié de faire des commentaires sur la manière dont l'agent a traité les éléments de preuve.

[66] Je ne souscris pas à l'argument subsidiaire relatif à l'équité qu'a invoqué M. Goodman, à savoir que l'agent aurait dû attendre la décision ministérielle car, si celle-ci avait été favorable, l'évaluation des risques ne se serait pas limitée à des considérations liées à l'article 97. D'un point de vue hypothétique, cela aurait pu causer problème, mais en fin de compte la décision ministérielle était défavorable et n'a donné lieu à aucune injustice.

VI. Conclusion

[67] Les demandes présentées dans les dossiers IMM-1508-18 (la décision ministérielle), IMM-686-16 (la décision relative à la catégorie des époux) et IMM-1633-15 (la décision de la SI) sont rejetées.

[68] La demande présentée dans le dossier IMM-4246-16 (la décision relative à l'ERAR) est accueillie, et l'affaire sera réexaminée sur le fond par un décideur différent, qui examinera notamment tout argument ou tout élément de preuve à jour que M. Goodman produira.

VII. Certified Questions

[69] Mr. Goodman seeks to certify the following questions arising in IMM-1508-18 and IMM-686-16:

1. Does subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, which bars access to a process for the review of humanitarian and compassionate factors for persons inadmissible under sections 34, 35 and 37, violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?
2. Should the Supreme Court's decision in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, be revisited based on significant developments in the law, specifically the coming-into-force of the *Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16, which bars access to a process for the review of humanitarian and compassionate factors for persons inadmissible under sections 34, 35 and 37 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27?

[70] The Minister opposes certification saying that the law concerning the first question is well settled and the second question is too vague.

[71] For the purpose of certification, I do not agree with the Minister that the law pertaining to the first question is wholly settled. I will, accordingly, certify that question.

[72] The second question is unnecessary and not determinative of the issues arising in this case and, thus, will not be certified.

JUDGMENT in IMM-1508-18

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

VII. Les questions à certifier

[69] M. Goodman souhaite faire certifier les questions suivantes, qui se posent dans les dossiers IMM-1508-18 et IMM-686-16 :

1. Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, qui empêche les personnes interdites de territoire en application des articles 34, 35 et 37 d'avoir accès au processus d'examen des facteurs d'ordre humanitaire, contrevient-il à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44?
2. L'arrêt de la Cour suprême *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, doit-il être revu en raison d'une évolution importante du droit, notamment l'entrée en vigueur de la *Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16, qui empêche les personnes interdites de territoire en application des articles 34, 35 et 37 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, d'avoir accès au processus d'examen des facteurs d'ordre humanitaire?

[70] Le ministre s'oppose à la certification de ces questions. Il affirme que le droit relatif à la première question est bien établi et que la deuxième question est trop vague.

[71] Pour les besoins de la certification, je ne suis pas d'accord avec le ministre pour dire que le droit relatif à la première question est entièrement établi. Je certifierai donc cette question.

[72] La deuxième question est inutile et n'est pas déterminante quant aux questions qui sont en litige dans la présente affaire et, de ce fait, elle ne sera pas certifiée.

JUGEMENT dans le dossier IMM-1508-18

LA COUR STATUE :

- | | |
|--|--|
| <p>1. The applications in IMM-1508-18 (Ministerial Decision), IMM-686-16 (Spousal Decision) and IMM-1633-15 (ID Decision) are dismissed;</p> | <p>1. Les demandes présentées dans les dossiers IMM-1508-18 (la décision ministérielle), IMM-686-16 (la décision relative à la catégorie des époux) et IMM-1633-15 (la décision de la SI) sont rejetées.</p> |
| <p>2. The application in IMM-4246-16 (PRRA Decision) is allowed with the matter to be redetermined on the merits by a different decision maker including the consideration of any updated submissions or evidence provided by the applicant;</p> | <p>2. La demande présentée dans le dossier IMM-4246-16 (la décision relative à l'ERAR) est accueillie. L'affaire sera réexaminée sur le fond par un décideur différent, qui examinera notamment tout argument ou tout élément de preuve à jour que le demandeur produira.</p> |
| <p>3. The following question is certified in IMM-1508-18 and IMM-686-16:</p> <p>Does subsection 25(1) of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i>, S.C. 2001, c. 27, which bars access to a process for the review of humanitarian and compassionate factors for persons inadmissible under sections 34, 35 and 37, violate paragraph 2(e) of the <i>Canadian Bill of Rights</i>, S.C. 1960, c. 44?</p> | <p>3. La question suivante est certifiée dans les dossiers IMM-1508-18 et IMM-686-16 :</p> <p>Le paragraphe 25(1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i>, L.C. 2001, ch. 27, qui empêche les personnes interdites de territoire en application des articles 34, 35 et 37 d'avoir accès au processus d'examen des facteurs d'ordre humanitaire, contrevient-il à l'alinéa 2e) de la <i>Déclaration canadienne des droits</i>, S.C 1960, ch. 44?</p> |
| <p>4. The Registry shall place a copy of this judgment and reasons in Court files:</p> <p>IMM-1633-15: <i>Goodman v. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness</i></p> <p>IMM-4246-16: <i>Goodman v. The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship</i></p> <p>IMM-686-16: <i>Goodman v. The Minister of Citizenship and Immigration</i></p> | <p>4. Le greffe versera une copie du présent jugement et motifs dans les dossiers de la Cour suivants :</p> <p>IMM-1633-15 : <i>Goodman c. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile</i></p> <p>IMM-4246-16 : <i>Goodman c. Le ministre de l'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté</i></p> <p>IMM-686-16 : <i>Goodman c. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration</i></p> |

A-86-19
2020 FCA 67

A-86-19
2020 CAF 67

Angang Steel Company Limited & Angang International Trade Corporation (*Applicants*)

Angang Steel Company Limited et Angang International Trade Corporation (*demandereses*)

v.

c.

The President of the Canada Border Services Agency (CBSA), ArcelorMittal Dofasco G.P. and Stelco Inc. (*Respondents*)

Le président de l'Agence des services frontaliers du Canada, ArcelorMittal Dofasco G.P. et Stelco Inc. (*défendeurs*)

INDEXED AS: ANGANG STEEL COMPANY LIMITED v. CANADA (BORDER SERVICES AGENCY)

RÉPERTORIÉ : ANGANG STEEL COMPANY LIMITED c. CANADA (AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS)

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Mactavish JJ.A.—Ottawa, December 11, 2019; March 31, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Mactavish, J.C.A.—Ottawa, 11 décembre 2019; 31 mars 2020.

Anti-dumping — Margin of dumping — Judicial review of final determination by Canada Border Services Agency President with respect to dumping of corrosion-resistant steel sheet — President determining normal value for products in question pursuant to ministerial specification made under Special Import Measures Act (Act), s. 29(1) — Margin of dumping 53.3 percent of export price — Applicants not submitting that margin of dumping insignificant — Submitting, inter alia, that President should not have used ministerial specification in determining margin of dumping, should have specified lower margin of dumping under Act, s. 41(1)(b)(i) — Whether final determination by President under Act, s. 41(1)(b) can be set aside if margin of dumping less than amount specified by President — No basis to set aside final determination or to address use of ministerial specification to determine margin of dumping — Final determination of dumping not set aside where reduction in margin of dumping still resulting in margin not being insignificant — Amendments to Act, s. 41 changing focus to particular exporter rather than particular country — Not changing result that final determination of dumping cannot be set aside because margin of dumping for particular exporter less than amount as found by President if margin of dumping still significant — Two percent margin of dumping threshold for final determination that goods dumped — Parliament not intending that margin of dumping be used to calculate amount of anti-dumping duties imposed on already imported goods — Providing that anti-dumping duty amount to be determined separately — Information required to determine margin of dumping within knowledge of exporter — Applicants not arguing that margin of dumping insignificant if ministerial specification not used; rather, arguing margin should not be as large as President specified — Final determination made that

Antidumping — Marge de dumping — Contrôle judiciaire relativement à une décision définitive de dumping rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada à l'égard de certaines feuilles d'acier résistant à la corrosion — Le président a déterminé la valeur normale des produits en question selon les modalités fixées par le ministre conformément à l'art. 29(1) de la Loi sur les mesures spéciales d'importation (Loi) — La marge de dumping s'élevait à 53,3 p. 100 du prix à l'exportation — Les demandereses n'ont pas soutenu que leur marge de dumping était minimale — Elles ont soutenu notamment que le président n'aurait pas dû utiliser les modalités fixées par le ministre pour déterminer leur marge de dumping et qu'il aurait dû établir une marge de dumping inférieure en application de l'art. 41(1)(b)(i) de la Loi — Il s'agissait de savoir si la décision définitive du président rendue en vertu de l'art. 41(1)(b) de la Loi pouvait être annulée si la marge de dumping était inférieure à celle établie par le président — Il n'existait aucun motif justifiant que la décision définitive soit annulée ou de se pencher sur le recours aux modalités fixées par le ministre pour l'établissement de la marge de dumping — Une décision définitive de dumping ne peut pas être annulée si la réduction de la marge de dumping n'a pas pour effet de rendre cette marge minimale — Les modifications apportées à l'art. 41 de la Loi ont fait en sorte que l'attention est désormais portée sur l'exportateur plutôt que sur le pays — Elles n'ont rien changé au fait qu'une décision définitive de dumping ne peut être annulée parce que la marge de dumping établie pour un exportateur donné serait inférieure à celle calculée par le président, sans qu'elle soit pour autant minimale — La marge de dumping de 2 p. 100 est le critère donnant lieu à la décision définitive selon laquelle les marchandises ont été sous-évaluées — L'intention du législateur n'était pas que la

margin of dumping not insignificant — No basis to set aside decision if result same, i.e. margin of dumping not insignificant — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a final determination made by the President of the Canada Border Services Agency (President) with respect to the dumping of certain corrosion-resistant steel sheet from abroad.

Information provided by the applicants did not sufficiently allow the President to determine the normal value and export prices for the products in question. As a result and pursuant to a ministerial specification made under subsection 29(1) of the *Special Import Measures Act* (Act), the President determined that the normal value for the applicants was to be the export price plus an amount equal to 53.3 percent of that price. The margin of dumping was therefore 53.3 percent of the export price. The applicants did not submit that their margin of dumping was insignificant (i.e. less than 2 percent of the export price) but rather submitted, *inter alia*, that the President should not have used the ministerial specification to determine its margin of dumping. The applicants further submitted that the President should have specified a lower margin of dumping under subparagraph 41(1)(b)(i) of the Act.

At issue was whether the final determination made by the President under paragraph 41(1)(b) of the Act could be set aside if the margin of dumping, while still significant, would be less than the amount specified by the President.

Held, the application should be dismissed.

There was no basis to set aside the President's final determination or to address the applicants' submissions relating to the use of the ministerial specification under subsection 29(1) of the Act to determine their margin of dumping. The interpretation of the Act as it related to the jurisdiction of the Court to set aside a final determination of dumping had to be determined. In *Seah Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada*

marge de dumping soit utilisée pour calculer le montant des droits antidumping imposés sur des marchandises ayant déjà été importées — Il a prévu que le montant de ces droits serait établi séparément — Les renseignements nécessaires pour l'établissement de la marge de dumping sont des renseignements dont l'exportateur a connaissance — Les demanderessees n'ont pas fait valoir que leur marge de dumping, si le président n'avait pas utilisé les modalités fixées par le ministre, aurait été minimale; elles ont soutenu que la marge de dumping ne devrait pas être aussi importante que celle précisée par le président — La décision définitive était que la marge de dumping n'était pas minimale — Il n'existait aucun motif justifiant que la décision soit annulée si le résultat demeurait inchangé, c'est-à-dire que la marge de dumping n'était pas minimale — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire relativement à une décision définitive de dumping rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (le président) à l'égard de certaines feuilles d'acier résistant à la corrosion en provenance de l'étranger.

Les renseignements fournis par les demanderessees n'étaient pas suffisants pour permettre au président de déterminer la valeur normale et les prix à l'exportation des produits en question. En conséquence et selon les modalités fixées par le ministre conformément au paragraphe 29(1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (Loi), le président a déterminé que la valeur normale pour les demanderessees était le prix à l'exportation plus un montant égal à 53,3 p. 100 de ce prix à l'exportation. La marge de dumping s'élevait donc à 53,3 p. 100 du prix à l'exportation. Les demanderessees ont soutenu non pas que leur marge de dumping était minimale (c'est-à-dire inférieure à 2 p. 100 du prix à l'exportation), mais que, notamment, le président n'aurait pas dû utiliser les modalités fixées par le ministre pour déterminer leur marge de dumping. Les demanderessees ont soutenu en outre que le président aurait dû établir une marge de dumping inférieure en application du sous-alinéa 41(1)b(i) de la Loi.

Il s'agissait de savoir si la décision définitive du président rendue en vertu de l'alinéa 41(1)b) de la Loi pouvait être annulée si la marge de dumping, bien qu'elle ne soit toujours pas minimale, était inférieure à celle établie par le président.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il n'existait aucun motif justifiant que la décision définitive du président soit annulée ou de se pencher sur les observations des demanderessees concernant le recours aux modalités fixées par le ministre conformément au paragraphe 29(1) de la Loi pour l'établissement de leur marge de dumping. La question en litige était l'interprétation de la Loi relativement à la question de savoir si la Cour a compétence pour annuler une décision

(*Seah Steel*) and in *JFE Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada (JFE Steel)* the Court held that a final determination of dumping made by the President could not be set aside where a reduction in the margin of dumping would still result in the margin of dumping not being insignificant. When *Seah Steel* and *JFE Steel* were decided, the final determination was made with respect to a particular country. Subsequent amendments to section 41 changed the focus to a particular exporter rather than a particular country. The amendments did not change the result that a final determination of dumping cannot be set aside by the Court simply because the margin of dumping for a particular exporter, rather than a particular country, would be less than the amount as found by the President, if the margin of dumping would still be significant. The threshold for the final determination that goods have been dumped under paragraph 41(1)(b) of the Act is the finding that the margin of dumping is 2 percent or more. The textual analysis of the Act that was made supported the finding that the Court can only review the final determination of dumping (i.e. that the normal value exceeds the export price and this difference is not insignificant).

Parliament did not intend that the margin of dumping would be used to calculate the amount of any anti-dumping duties that may be imposed on any goods that have already been imported. Parliament did not provide that the amount of any anti-dumping duty that the Canadian International Trade Tribunal would impose on goods would be the amount as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of the Act. Rather, Parliament provided that the amount of such duty would be determined separately. The information required to determine the margin of dumping (and hence the anti-dumping duty) is information that is within the knowledge of the exporter. The calculation of the normal value is a matter that is dependent on the exporter's information. The applicants did not argue that their margin of dumping, if the President had not used the ministerial specification, would be insignificant. Rather, the applicants simply argued that it should not be as large as the President had specified.

Thus, the final determination under paragraph 41(1)(b) of the Act was simply that the margin of dumping was not insignificant. There was no basis to set aside a decision of the President if the result would be the same (i.e. that the margin of dumping was not insignificant), even if the amount as specified by the President was greater than the amount that should have been specified.

définitive de dumping. Dans les arrêts *Seah Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada (Seah Steel)* et *JFE Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada (JFE Steel)*, la Cour a conclu qu'une décision définitive de dumping rendue par le président ne pouvait pas être annulée si la réduction de la marge de dumping n'avait pas pour effet de rendre cette marge minimale. Lorsque les affaires *Seah Steel* et *JFE Steel* ont été tranchées, la décision définitive était rendue relativement à un pays donné. Les modifications apportées par la suite à l'article 41 ont fait en sorte que l'attention est désormais portée sur l'exportateur plutôt que sur le pays. Les modifications n'ont rien changé au fait qu'une décision définitive de dumping ne peut être annulée par la Cour simplement parce que la marge de dumping établie pour un exportateur donné, plutôt que pour un pays donné, serait inférieure à celle calculée par le président, sans qu'elle soit pour autant minimale. Le critère donnant lieu à la décision définitive selon laquelle les marchandises ont été sous-évaluées au titre de l'alinéa 41(1)b) de la Loi est la conclusion voulant que la marge de dumping soit de 2 p. 100 ou plus. L'analyse textuelle de la Loi a étayé la conclusion selon laquelle la Cour ne peut réviser que la décision définitive de dumping (c'est-à-dire que la valeur normale dépasse le prix à l'exportation et que cette différence n'est pas minimale).

L'intention du législateur n'était pas que la marge de dumping soit utilisée pour calculer le montant des droits antidumping qui pourraient être imposés sur des marchandises ayant déjà été importées. Le législateur n'a pas prévu que le montant des droits antidumping qui serait imposé sur les marchandises par le Tribunal canadien du commerce extérieur serait la somme précisée par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)b)(i) de la Loi. Au contraire, le législateur a prévu que le montant de ces droits serait établi séparément. Les renseignements nécessaires pour l'établissement de la marge de dumping (et donc les droits antidumping) sont des renseignements dont l'exportateur a connaissance. Le calcul de la valeur normale dépend des renseignements fournis par l'exportateur. Les demanderessees n'ont pas fait valoir que leur marge de dumping, si le président n'avait pas utilisé les modalités fixées par le ministre, aurait été minimale. Elles ont simplement soutenu que la marge de dumping ne devrait pas être aussi importante que celle précisée par le président.

Par conséquent, la décision définitive rendue en vertu de l'alinéa 41(1)b) de la Loi se résumait à la conclusion que la marge de dumping n'était pas minimale. Il n'existait aucun motif justifiant que la décision du président soit annulée si le résultat demeurait inchangé (c'est-à-dire que la marge de dumping n'était pas minimale), même si la somme précisée par le président était supérieure à celle qui aurait dû être précisée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, Tariff B, Column III.
Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 2(1) “dumped”, “insignificant”, “margin of dumping”, 3–5, 15–23.1, 24–28, 29, 30, 30.2, 30.3, 31, 35, 37.1, 38, 39(1), 41, 42, 43, 55, 56–62, 96.1(1).
Special Import Measures Regulations, SOR/84-927, s. 37.1(1)(c)(ii.1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 1868 U.N.T.S. 201, Art. 5.8.
Canada – Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Carbon Steel Welded Pipe From the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, WTO Doc WT / DS482 / R, art. 7.18, 7.19, 7.37.

CASES CITED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Seah Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada*, 2017 FCA 172, [2017] F.C.J. No. 886 (QL); *JFE Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada*, 2018 FCA 111, [2018] F.C.J. No. 705 (QL).

CONSIDERED:

Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, 2006 FCA 398, [2007] 4 F.C.R. 101.

REFERRED TO:

Tahmourpour v. Canada (Attorney General), 2013 FCA 2, [2013] F.C.J. No. 11 (QL).

APPLICATION for judicial review of a final determination made by the President of the Canada Border Services Agency (Canada Border Services Agency, COR 2018 IN, February 6, 2019) with respect to the dumping of certain corrosion-resistant steel sheet from abroad. Application dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 2(1) « marge de dumping », « minimale », « sous-évalué », 3–5, 15–23.1, 24–28, 29, 30, 30.2, 30.3, 31, 35, 37.1, 38, 39(1), 41, 42, 43, 55, 56–62, 96.1(1).
Règlement sur les mesures spéciales d'importation, DORS/84-927, art. 37.1(1)c)(ii.1).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B, colonne III.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, 1868 R.T.N.U. 226, art. 5.8.
Canada – Mesures antidumping visant les importations de certains tubes soudés en acier au carbone en provenance du Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu, Document de l'OMC WT/DS482/R, art. 7.18, 7.19, 7.37.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Seah Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada*, 2017 CAF 172, [2017] A.C.F. n° 886 (QL); *JFE Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada*, 2018 CAF 111, [2018] A.C.F. n° 705 (QL).

DÉCISION EXAMINÉE :

Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, 2006 CAF 398, [2007] 4 R.C.F. 101.

DÉCISION CITÉE :

Tahmourpour c. Canada (Procureur général), 2013 CAF 2, [2013] A.C.F. n° 11 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire relativement à une décision définitive de dumping rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (Agence des services frontaliers du Canada, COR 2018 IN, 6 février 2019) à l'égard de certaines feuilles d'acier résistant à la corrosion en provenance de l'étranger. Demande rejetée.

APPEARANCES

Paul M. Lalonde and Sean Stephenson for applicants.

Jennifer Francis and Adrian Johnston for respondent President of the Canada Border Services Agency.

Paul Conlin and Ben Mills for respondent ArcelorMittal Dofasco G.P.

SOLICITORS OF RECORD

Dentons Canada LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent President of the Canada Border Services Agency.

Conlin Bedard LLP, Ottawa, for respondents ArcelorMittal Dofasco G.P. and Stelco Inc.

This is a public version of confidential reasons for judgment issued to the parties. The two are identical, there being no confidential information disclosed in the confidential reasons.

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

[1] WEBB J.A.: Angang Steel Company Limited and Angang International Trade Corporation (collectively Angang) brought an application for judicial review under paragraph 96.1(1)(b) of the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA), in relation to the final determination of dumping made by the President (President) of the Canada Border Services Agency (CBSA) dated January 22, 2019 (Case number COR 2018 IN) *Statement of reasons concerning the final determination with respect to the dumping of certain corrosion-resistant steel sheet from China, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu (Chinese Taipei), India and South Korea* (the Final Determination). The reasons for the Final Determination were released on February 6, 2019.

ONT COMPARU :

Paul M. Lalonde et Sean Stephenson pour les demandereses.

Jennifer Francis et Adrian Johnston pour le défendeur le président de l'Agence des services frontaliers du Canada.

Paul Conlin et Ben Mills pour la défenderesse ArcelorMittal Dofasco G.P.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Dentons Canada LLP, Toronto, pour les demandereses.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur le président de l'Agence des services frontaliers du Canada.

Conlin Bedard LLP, Ottawa, pour les défenderesses ArcelorMittal Dofasco G.P. et Stelco Inc.

Les présents motifs sont la version publique des motifs de jugement confidentiels remis aux parties. Les deux versions sont identiques, car aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué dans les motifs de jugement confidentiels.

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

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : Angang Steel Company Limited et Angang International Trade Corporation (collectivement Angang) ont déposé une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 96.1(1)b de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la LMSI), relativement à la décision définitive de dumping rendue par le président (le président) de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) le 22 janvier 2019 (numéro de dossier COR 2018 IN) *Énoncé des motifs de la décision définitive de dumping rendue à l'égard de certaines feuilles d'acier résistant à la corrosion en provenance de Chine, du Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu (Taïpei chinois), de l'Inde et de la Corée du Sud* (la décision définitive). Les motifs de la décision définitive ont été publiés le 6 février 2019.

[2] The President determined that the responses provided by Angang to the questionnaires that the President had circulated were not sufficient to allow the determination of the normal value and export prices for the products in question. As a result, the President determined the normal value and export price pursuant to a ministerial specification made under subsection 29(1) of SIMA. The normal value for Angang was determined to be the export price plus an amount equal to 53.3 percent of that export price. The margin of dumping (which is the difference between the normal value and the export price) was therefore 53.3 percent of the export price.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss this application.

I. Background

[4] SIMA is the statute that provides for the imposition of anti-dumping and countervailing duties when goods are dumped into Canada. Goods imported into Canada are “dumped” (as defined in subsection 2(1) of SIMA) when the normal value of the goods exceeds the export price of such goods. The “margin of dumping” is defined in subsection 2(1) of SIMA as the difference between these two amounts. The normal value is determined in accordance with the provisions of sections 15 to 23.1 and 30 of SIMA and the export price is determined in accordance with the provisions of sections 24 to 28 and 30 of SIMA. If the normal value or export price cannot be determined in accordance with these provisions, then such amount is determined in the manner specified by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) (section 29 of SIMA).

[5] An investigation with respect to the possible dumping of goods is initiated under subsection 31(1) of SIMA by the President, either on the President’s own initiative or following a complaint that satisfies the requirements of subsection 31(2) of SIMA. In general, there are two stages of a dumping investigation—preliminary and final—with a separation of responsibilities at each stage. If an investigation has not been terminated under section 35 of SIMA, the President is responsible for the

[2] Le président a conclu que les réponses fournies par Angang aux questionnaires qu’il avait diffusés n’étaient pas suffisantes pour permettre que soient déterminés la valeur normale et les prix à l’exportation des produits en question. En conséquence, le président a déterminé la valeur normale et les prix à l’exportation selon les modalités fixées par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) conformément au paragraphe 29(1) de la LMSI. La valeur normale pour Angang a été établie comme étant le prix à l’exportation plus un montant égal à 53,3 p. 100 de ce prix à l’exportation. La marge de dumping (qui est la différence entre la valeur normale et le prix à l’exportation) était donc 53,3 p. 100 du prix à l’exportation.

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais la présente demande.

I. Les faits

[4] La LMSI est la loi qui régit l’imposition de droits antidumping ou compensateurs lorsque des marchandises sont sous-évaluées au Canada. Les marchandises importées au Canada sont « sous-évaluées » (au sens du paragraphe 2(1) de la LMSI) lorsque leur valeur normale est supérieure à leur prix à l’exportation. La « marge de dumping » est définie au paragraphe 2(1) de la LMSI comme étant la différence entre ces deux sommes. La valeur normale est déterminée conformément aux articles 15 à 23.1 et 30 de la LMSI, et le prix à l’exportation est déterminé conformément aux articles 24 à 28 et 30 de la LMSI. Dans les cas où il est impossible de déterminer la valeur normale ou le prix à l’exportation conformément à ces dispositions, cette somme est alors déterminée selon les modalités que fixe le ministre (article 29 de la LMSI).

[5] Une enquête sur un dumping possible de marchandises est ouverte au titre du paragraphe 31(1) de la LMSI par le président, de sa propre initiative ou suivant une plainte satisfaisant aux conditions énoncées au paragraphe 31(2) de la LMSI. En général, l’enquête sur le dumping comporte deux étapes — une décision provisoire et une décision définitive — et les responsabilités liées à chaque étape sont distinctes. Si la clôture d’enquête prévue à l’article 35 de la LMSI n’a pas lieu,

preliminary determination of the estimated margin of dumping for each exporter and the goods to which these apply (section 38 of SIMA). Within 90 days following the preliminary determination of dumping, the President must either:

- (a) terminate the investigation if the President is satisfied that there is no dumping or the margin of dumping is insignificant (paragraph 41(1)(a) of SIMA); or
- (b) if the investigation is not terminated, make a final determination that goods have been dumped and specify for each exporter the margin of dumping and the goods to which the determination applies (paragraph 41(1)(b) of SIMA).

[6] “Insignificant” is defined in subsection 2(1) of SIMA. This definition, in relation to a margin of dumping, reads:

Definitions

2(1) ...

insignificant means,

- (a) in relation to a margin of dumping, a margin of dumping that is less than two per cent of the export price of the goods.

[7] The Canadian International Trade Tribunal (CITT) is responsible for making an inquiry and a preliminary determination of whether the dumping has caused injury or is threatening to cause injury (sections 37.1 and 42 of SIMA). The CITT is also tasked with making any applicable order or finding as provided in section 43 of SIMA following a final determination made by the President. Anti-dumping duties are imposed under sections 3 to 5 of SIMA as a result of an order or finding made by the CITT. The final determination made by the President, in and of itself, does not result in the imposition of anti-dumping duties.

[8] Section 30.2 of SIMA provides that the margin of dumping in relation to any goods of a particular exporter

le président doit rendre une décision provisoire dans laquelle il procède à l'estimation de la marge de dumping pour chaque exportateur et pour les marchandises visées par l'enquête (article 38 de la LMSI). Dans les 90 jours suivant la décision provisoire de dumping, le président doit, selon le cas :

- a) clore l'enquête s'il est convaincu qu'il n'y a pas de dumping ou que la marge de dumping est minimale (alinéa 41(1)a) de la LMSI);
- b) si la clôture de l'enquête n'a pas eu lieu, rendre une décision définitive selon laquelle les marchandises ont été sous-évaluées et préciser pour chaque exportateur la marge de dumping et les marchandises qui font l'objet de la décision (alinéa 41(1)b) de la LMSI).

[6] L'adjectif « minimale » est défini au paragraphe 2(1) de la LMSI. Cette définition, relativement à une marge de dumping, est rédigée ainsi :

Définitions

2 (1) [...]

minimale S'entend :

- a) dans le cas de la marge de dumping, d'une marge inférieure à deux pour cent du prix à l'exportation des marchandises.

[7] Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) est chargé de mener l'enquête et de décider, à titre provisoire, si le dumping a causé un dommage ou s'il menace d'en causer un (articles 37.1 et 42 de la LMSI). Le TCCE est également chargé de rendre les ordonnances ou les conclusions indiquées, conformément à l'article 43 de la LMSI, à la suite d'une décision définitive rendue par le président. Des droits antidumping sont imposés en vertu des articles 3 à 5 de la LMSI à la suite d'une ordonnance ou de conclusions rendues par le TCCE. La décision définitive rendue par le président, en soi, n'entraîne pas l'imposition de droits antidumping.

[8] L'article 30.2 de la LMSI dispose que la marge de dumping relative à des marchandises d'un exportateur

is the amount determined by subtracting the weighted average export price of the goods from the weighted average normal value of the goods. If this result is a negative number, the margin of dumping is zero. If it is impractical to determine the margin of dumping for all goods under consideration, the margin may be determined based on a sample as provided in section 30.3 of SIMA.

[9] SIMA sets out strict time limits within which the amounts must be determined by the President. Under subsection 38(1) of SIMA, the President must make a preliminary determination of dumping between the sixtieth and the ninetieth day after the initiation of an investigation under section 31 of SIMA (unless the President extends the time by 45 days as provided in subsection 39(1) of SIMA for the reasons as set out in that subsection). Within 90 days of making the preliminary determination of dumping under subsection 38(1) of SIMA, the President must make the final determination of dumping under section 41 of SIMA.

[10] The normal value of goods is to be determined based on the price of like goods that are sold to the persons and in the circumstances as set out in section 15 of SIMA. If there are insufficient qualifying sales of like goods, the normal value, subject to section 20 of SIMA, is determined either by using the price at which like goods are sold to other countries or by using the cost of production and adding a reasonable amount for administrative, selling and all other costs and a reasonable amount for profits (section 19 of SIMA).

[11] If the President is of the opinion that insufficient information has been provided to allow the determination of the normal value or the export price, the amount to be used for such normal value or export price is the amount to be determined in the manner specified by the Minister. In this case, although the President used the information submitted by Angang to estimate the margin of dumping for the preliminary determination of dumping,

donné est égale au résultat obtenu en retranchant la moyenne pondérée du prix à l'exportation des marchandises de la moyenne pondérée de la valeur normale des marchandises. Si ce résultat est un nombre négatif, la marge de dumping est égale à zéro. S'il est impossible de déterminer la marge de dumping relative à toutes les marchandises en cause, elle peut être établie sur le fondement d'un échantillonnage au titre de l'article 30.3 de la LMSI.

[9] La LMSI fixe des délais stricts à l'intérieur desquels le président doit déterminer les sommes. Aux termes du paragraphe 38(1) de la LMSI, le président rend une décision provisoire de dumping dans la période comprise entre le soixantième jour et le quarante-vingt-dixième jour suivant l'ouverture d'une enquête prévue à l'article 31 de la LMSI (à moins que le président ne proroge le délai de 45 jours par application du paragraphe 39(1) de la LMSI pour les raisons qui y sont énoncées). Dans les 90 jours suivant la décision provisoire de dumping rendue en vertu du paragraphe 38(1) de la LMSI, le président doit rendre la décision définitive de dumping en vertu de l'article 41 de la LMSI.

[10] La valeur normale des marchandises doit être déterminée en fonction du prix de marchandises similaires qui sont vendues aux personnes et dans les circonstances précisées à l'article 15 de la LMSI. Lorsque les ventes de marchandises similaires remplissant les conditions énumérées sont insuffisantes, sous réserve de l'article 20 de la LMSI, la valeur normale est déterminée en utilisant le prix auquel des marchandises similaires sont vendues à des personnes dans des pays étrangers ou en additionnant le coût de production, une somme raisonnable pour les frais, notamment les frais administratifs et les frais de vente, et une somme raisonnable pour les bénéfices (article 19 de la LMSI).

[11] Si le président est d'avis que les renseignements fournis sont insuffisants pour permettre la détermination de la valeur normale ou du prix à l'exportation, la somme à utiliser pour cette valeur normale ou ce prix à l'exportation doit être établie de la manière précisée par le ministre. En l'espèce, bien que le président ait utilisé les renseignements fournis par Angang pour estimer la marge de dumping aux fins de la décision provisoire de

the President, in making the Final Determination, had the opinion that the information received from Angang was not sufficient to allow a calculation of the margin of dumping (paragraph 141 of the reasons for the Final Determination).

[12] The normal value and export price for Angang (who was included in the group identified as “All Other Exporters – China” in the reasons for the Final Determination) was determined pursuant to a ministerial specification under subsection 29(1) of SIMA (paragraphs 176 to 184 of those reasons). The normal value was determined to be the export price plus an amount equal to 53.3 percent of that export price (paragraph 182). The margin of dumping was, therefore, specified to be 53.3 percent of the export price (paragraph 184).

II. Issue

[13] In this application, Angang does not submit its margin of dumping is insignificant (i.e. less than 2 percent of the export price). Rather, it submits that the President should not have used the ministerial specification under subsection 29(1) of SIMA to determine its margin of dumping. Angang’s submission, therefore, is that the President should have specified a lower margin of dumping under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA for Angang (even though such revised amount would still be 2 percent or more of the export price).

[14] The issue in this application is whether this Court has the jurisdiction to set aside a final determination made by the President under paragraph 41(1)(b) of SIMA when the exporter, in relation to whom such determination was made, does not provide any basis for finding that the margin of dumping would be insignificant. To put this another way, can the final determination of the President under paragraph 41(1)(b) of SIMA be set aside if the margin of dumping, while still significant, would be less than the amount specified by the President?

[15] The issue in this case is, therefore, the interpretation of SIMA as it relates to the jurisdiction of this Court to set aside a final determination of dumping.

dumping, le président, dans sa décision définitive, a estimé que les renseignements reçus d’Angang n’étaient pas suffisants pour permettre le calcul de la marge de dumping (paragraphe 141 des motifs de la décision définitive).

[12] La valeur normale et le prix à l’exportation pour Angang (qui faisait partie du groupe nommé « Chine – tous les autres exportateurs » dans les motifs de la décision définitive) ont été établis selon les modalités fixées par le ministre conformément au paragraphe 29(1) de la LMSI (paragraphes 176 à 184 des motifs de la décision définitive). Il a été déterminé que la valeur normale était le prix à l’exportation plus un montant égal à 53,3 p. 100 de ce prix à l’exportation (paragraphe 182). Il a donc été établi que la marge de dumping s’élevait à 53,3 p. 100 du prix à l’exportation (paragraphe 184).

II. La question en litige

[13] Dans la présente demande, Angang ne soutient pas que sa marge de dumping est minimale (c’est-à-dire inférieure à 2 p. 100 du prix à l’exportation). Elle fait plutôt valoir que le président n’aurait pas dû utiliser les modalités fixées par le ministre visées au paragraphe 29(1) de la LMSI pour déterminer sa marge de dumping. Angang soutient donc que le président aurait dû établir une marge de dumping inférieure en application du sous-alinéa 41(1)(b)(i) de la LMSI pour Angang (même si cette somme révisée aurait toujours été d’au moins 2 p. 100 du prix à l’exportation).

[14] La question en litige en l’espèce est de savoir si la Cour a compétence pour annuler une décision définitive rendue par le président en vertu de l’alinéa 41(1)(b) de la LMSI lorsque l’exportateur, à l’égard duquel cette décision a été rendue, ne fournit aucun fondement permettant qu’il soit conclu que la marge de dumping est minimale. En d’autres termes, la décision définitive du président rendue en vertu de l’alinéa 41(1)(b) de la LMSI peut-elle être annulée si la marge de dumping, bien qu’elle ne soit toujours pas minimale, est inférieure à celle établie par le président?

[15] En l’espèce, la question en litige est donc l’interprétation de la LMSI relativement à la question de savoir

III. Analysis

[16] Statutory provisions are to be interpreted based on a textual, contextual and purposive analysis (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10).

A. *Textual Analysis*

[17] The starting point for the analysis, in this case, is subsection 96.1(1) of SIMA. This provision sets out the right to apply to this Court to review and set aside the Final Determination that is in issue in this application:

Application for judicial review

96.1 (1) Subject to section 77.012 or 77.12, an application may be made to the Federal Court of Appeal to review and set aside

...

(b) a final determination of the President under paragraph 41(1)(b).

[18] In *Seah Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada*, 2017 FCA 172, [2017] F.C.J. No. 886 (QL) and in *JFE Steel Corporation v. Evraz Inc. NA Canada*, 2018 FCA 111, [2018] F.C.J. No. 705 (QL), this Court held that a final determination of dumping made by the President under section 41 of SIMA could not be set aside where a reduction in the margin of dumping would still result in the margin of dumping not being insignificant. For example, a reduction in the margin of dumping from 50 percent to 10 percent would not change the result that the margin of dumping was not insignificant, i.e. it was not less than 2 percent of the export price.

[19] Angang submits that SIMA has been amended and that *Seah Steel* and *JFE Steel* are no longer applicable.

si la Cour a compétence pour annuler une décision définitive de dumping.

III. Analyse

[16] Les dispositions législatives doivent être interprétées sur le fondement d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

A. *Analyse textuelle*

[17] Le point de départ de l'analyse, en l'espèce, est le paragraphe 96.1(1) de la LMSI. Cette disposition énonce le droit de demander à la Cour de réviser et d'annuler la décision définitive qui est en cause dans la présente demande :

Demande

96.1 (1) Sous réserve des articles 77.012 et 77.12, une demande de révision et d'annulation peut être présentée à la Cour d'appel fédérale relativement aux décisions, ordonnances ou conclusions suivantes :

[...]

b) la décision définitive rendue par le président au titre de l'alinéa 41(1)b).

[18] Dans les arrêts *Seah Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada*, 2017 CAF 172, [2017] A.C.F. n° 886 (QL), et *JFE Steel Corporation c. Evraz Inc. NA Canada*, 2018 CAF 111, [2018] A.C.F. n° 705 (QL), notre Cour a conclu qu'une décision définitive de dumping rendue par le président en vertu de l'article 41 de la LMSI ne pouvait pas être annulée si la réduction de la marge de dumping n'avait pas pour effet de rendre cette marge minimale. Par exemple, une réduction qui ferait passer la marge de dumping de 50 p. 100 à 10 p. 100 ne changerait rien au fait que la marge de dumping n'est pas minimale, c'est-à-dire qu'elle n'est pas inférieure à 2 p. 100 du prix à l'exportation.

[19] Angang soutient que la LMSI a été modifiée et que les arrêts *Seah Steel* et *JFE Steel* ne s'appliquent

The particular amendments to which Angang refers are the amendments made to section 41 of SIMA. When *Seah Steel* and *JFE Steel* were decided, the final determination was made with respect to a particular country. The question was whether a particular country was dumping goods and whether the margin of dumping of the goods of the particular country was insignificant. The focus has now changed to a particular exporter rather than a particular country.

[20] Section 41 of SIMA now provides:

Final determination or termination

41 (1) Within 90 days after making a preliminary determination under subsection 38(1), the President shall

(a) terminate the investigation in respect of any goods of a particular exporter if, on the available evidence, the President is satisfied that there has been no dumping or subsidizing of the goods or that the margin of dumping of, or amount of subsidy on, those goods is insignificant; and

(b) make a final determination of dumping or subsidizing in respect of the goods that are the subject of the investigation and for which the investigation has not been terminated under paragraph (a) if, on the available evidence, the President is satisfied that there has been dumping or subsidizing and the President shall specify, in relation to each exporter of goods in respect of which the investigation is made, as follows:

(i) in the case of dumped goods, the goods to which the determination applies and the margin of dumping of the goods, and

(ii) in the case of subsidized goods,

(A) the goods to which the determination applies,

(B) the amount of subsidy on the goods, and

(C) subject to subsection (2), if the whole or any part of the subsidy on the goods is a prohibited subsidy, the amount of the prohibited subsidy on the goods.

plus. Les modifications auxquelles Angang renvoie en particulier sont celles apportées à l'article 41 de la LMSI. Lorsque les affaires *Seah Steel* et *JFE Steel* ont été tranchées, la décision définitive était rendue relativement à un pays donné. La question était de savoir si un pays donné faisait du dumping de marchandises et si la marge de dumping des marchandises de ce pays était minimale. L'attention est désormais portée sur l'exportateur plutôt que sur le pays.

[20] L'article 41 de la LMSI dispose maintenant ce qui suit :

Décision définitive ou clôture de l'enquête

41 (1) Dans les quatre-vingt-dix jours suivant sa décision provisoire rendue en vertu du paragraphe 38(1), le président, selon le cas :

a) clôt l'enquête au sujet des marchandises d'un exportateur donné si, au vu des éléments de preuve disponibles, il est convaincu qu'il n'y a pas de dumping ou de subventionnement des marchandises ou que la marge de dumping ou le montant de subvention octroyée relativement aux marchandises est minimal;

b) rend une décision définitive de dumping ou de subventionnement concernant les marchandises visées par l'enquête et au sujet desquelles n'a pas eu lieu la clôture d'enquête prévue à l'alinéa a) si, au vu des éléments de preuve disponibles, il est convaincu qu'il y a eu dumping ou subventionnement; dans ce cas, le président précise, relativement à chacun des exportateurs de marchandises à l'égard desquelles l'enquête est menée, ce qui suit :

(i) dans le cas des marchandises sous-évaluées, les marchandises objet de la décision et leur marge de dumping,

(ii) dans le cas de marchandises subventionnées :

(A) les marchandises objet de la décision,

(B) le montant de subvention octroyée pour elles,

(C) sous réserve du paragraphe (2), lorsque tout ou partie de la subvention octroyée pour les marchandises est une subvention prohibée, le montant de toute subvention prohibée octroyée pour elles.

[21] In interpreting section 41 of SIMA, the first step is to examine the text of this provision. As a result of the amendments made to section 41, the first decision of the President is whether the investigation is to be terminated with respect to a particular exporter under paragraph 41(1)(a) of SIMA. The investigation is to be terminated if the President is satisfied that there has been no dumping of the goods by that particular exporter or that the margin of dumping of those goods by that particular exporter is insignificant. Under subsection 2(1) of SIMA, “**dumped**, in relation to any goods, means that the normal value of the goods exceeds the export price thereof”. Therefore, goods are dumped if the normal value exceeds the export price of such goods, regardless of the amount of such difference. Once it has been determined that the normal value exceeds the export price, then the investigation with respect to the particular exporter can only be terminated if the President is satisfied that the margin of dumping of that exporter is less than 2 percent of the export price. Any margin of dumping that is 2 percent or more would mean that the investigation cannot be terminated under paragraph 41(1)(a) of SIMA.

[22] Paragraph 96.1(1)(b) of SIMA provides that an application may be made to this Court “to review and set aside ... a final determination of the President under paragraph 41(1)(b)” (emphasis added). The only reference to a final determination in paragraph 41(1)(b) is in the opening part of this paragraph: “the President shall ... (b) make a final determination of dumping or subsidizing”. This final determination is to be made “in respect of the goods that are the subject of the investigation and for which the investigation has not been terminated under paragraph (a)”. The second part of this sentence simply identifies the goods to which the final determination will apply.

[23] The only condition that is imposed on the President in making this final determination is “if, on the available evidence, the President is satisfied that there has been dumping or subsidizing”. As noted above, “dumped” is defined in subsection 2(1) of SIMA:

[21] Il faut commencer l’interprétation de l’article 41 de la LMSI en examinant le libellé de cette disposition. À la suite des modifications apportées à l’article 41, la première décision du président consiste à déterminer si l’enquête doit être close à l’égard d’un exportateur donné en vertu de l’alinéa 41(1)a) de la LMSI. L’enquête doit être close si le président est convaincu qu’il n’y a pas de dumping des marchandises du fait de cet exportateur ou que la marge de dumping relative à ces marchandises réalisée par cet exportateur donné est minimale. Aux termes du paragraphe 2(1) de la LMSI, « sous-évalué » est le « [q]ualificatif de marchandises dont la valeur normale est supérieure à leur prix à l’exportation ». Par conséquent, les marchandises sont sous-évaluées si leur valeur normale dépasse leur prix à l’exportation, quel que soit le montant de cette différence. Une fois qu’il a été déterminé que la valeur normale dépasse le prix à l’exportation, l’enquête concernant l’exportateur donné ne peut être close que si le président est convaincu que la marge de dumping de cet exportateur est inférieure à 2 p. 100 du prix à l’exportation. Toute marge de dumping égale ou supérieure à 2 p. 100 signifierait que l’enquête ne peut être close en vertu de l’alinéa 41(1)a) de la LMSI.

[22] L’alinéa 96.1(1)b) de la LMSI dispose qu’une « demande de révision et d’annulation peut être présentée à la Cour [...] relativement [...] [à] la décision définitive rendue par le président au titre de l’alinéa 41(1)b) » (non souligné dans l’original). La seule décision définitive mentionnée à l’alinéa 41(1)b) se trouve au début de cet alinéa : « le président [...] b) rend une décision définitive de dumping ou de subventionnement ». Cette décision définitive doit être rendue « concernant les marchandises visées par l’enquête et au sujet desquelles n’a pas eu lieu la clôture d’enquête prévue à l’alinéa a) ». La deuxième partie de cette phrase ne fait que préciser les marchandises auxquelles la décision définitive s’appliquera.

[23] La seule condition à laquelle doit satisfaire le président pour qu’il puisse rendre cette décision définitive est qu’il doit, « au vu des éléments de preuve disponibles, [être] convaincu qu’il y a eu dumping ou subventionnement ». Nous avons déjà écrit plus haut que le terme « sous-évalué » est défini au paragraphe 2(1) de la LMSI :

Definitions**2 (1) ...**

dumped, in relation to any goods, means that the normal value of the goods exceeds the export price thereof.

[24] It is not clear why this condition is in paragraph (b) since under paragraph (a) the President must terminate an investigation if the President is satisfied that there has been no dumping. Therefore, in order for paragraph (b) to be applicable, the President must have been satisfied that there has both been dumping and that the margin of dumping is not insignificant (i.e. that the margin of dumping is 2 percent or more of the export price).

[25] Paragraph 41(1)(b) of SIMA imposes an additional obligation on the President. The text of the paragraph first provides that the President shall make a final determination of dumping and then continues with the second obligation requiring the President to specify the particular goods and the margin of dumping:

Final determination or termination**41 (1) ... the President shall**

...

(b) make a final determination of dumping ... and the President shall specify, in relation to each exporter of goods in respect of which the investigation is made, as follows:

(i) in the case of dumped goods, the goods to which the determination applies and the margin of dumping of the goods

[26] The text requires separate actions of the President—the making of a final determination of dumping and the specification of the particular goods and the margin of dumping. The right of review provided in paragraph 96.1(1)(b) of SIMA is specific and only applies to the final determination of the President.

[27] Angang submits that the amendments to section 41 are significant because the focus has changed from finding that a country is dumping to finding that

Définitions**2 (1)**

sous-évalué Qualificatif de marchandises dont la valeur normale est supérieure à leur prix à l'exportation.

[24] La raison pour laquelle cette condition figure à l'alinéa b) n'est pas claire puisque, aux termes de l'alinéa a), le président doit clore l'enquête s'il est convaincu qu'il n'y a pas eu de dumping. Par conséquent, pour que l'alinéa b) soit applicable, le président doit être convaincu à la fois qu'il y a eu dumping et que la marge de dumping n'est pas minimale (c'est-à-dire que la marge de dumping s'élève à 2 p. 100 ou plus du prix à l'exportation).

[25] L'alinéa 41(1)b) de la LMSI impose une obligation supplémentaire au président. Le libellé de l'alinéa dispose d'abord que le président doit rendre une décision définitive de dumping puis impose la deuxième obligation, selon laquelle le président doit préciser les marchandises visées et la marge de dumping :

Décision définitive ou clôture de l'enquête**41 (1) [...] le président**

[...]

b) rend une décision définitive de dumping [...]; dans ce cas, le président précise, relativement à chacun des exportateurs de marchandises à l'égard desquelles l'enquête est menée, ce qui suit :

(i) dans le cas des marchandises sous-évaluées, les marchandises objet de la décision et leur marge de dumping [...]

[26] Le libellé exige que le président prenne des mesures distinctes : qu'il rende une décision définitive de dumping et qu'il précise les marchandises visées ainsi que la marge de dumping. Le droit de révision prévu à l'alinéa 96.1(1)b) de la LMSI est précis et ne s'applique qu'à la décision définitive du président.

[27] Angang soutient que les modifications apportées à l'article 41 sont importantes, car l'élément central était auparavant la conclusion selon laquelle un pays fait

a particular exporter is dumping. While the amendments to this section have changed the focus of the final determination from the country to the particular exporter, the threshold for the final determination has remained the same, i.e. whether the margin of dumping is insignificant.

[28] In my view, the change in the wording of section 41 does not change the result that a final determination of dumping cannot be set aside by this Court simply because the margin of dumping for a particular exporter, rather than a particular country, would be less than the amount as found by the President, if the margin of dumping would still be significant. The threshold for the final determination that goods have been dumped under paragraph 41(1)(b) of SIMA is the finding that the margin of dumping is 2 percent or more. The same final determination that the goods of a particular exporter have been dumped and that the margin of dumping is not insignificant will be found whether the margin of dumping is 15 percent or 50 percent.

[29] Therefore, the textual analysis supports the finding that this Court can only review the final determination of dumping (i.e. that the normal value exceeds the export price and this difference is not insignificant). There would be no basis to set aside the Final Determination if this result would still be the same.

B. *Contextual and Purposive Analysis*

[30] Angang submits that the purpose for the amendments that were made to section 41 is to address a concern related to the previous version of section 41 identified in a decision of a panel of the World Trade Organization (WTO). The panel found that the previous version of this section (which is based on a determination that a country was dumping) was not in compliance with Article 5.8 of the *Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, 1868 U.N.T.S. 201 (Anti-Dumping Agreement). Article 5.8 provides:

du dumping alors qu'il est désormais la conclusion selon laquelle un exportateur donné fait du dumping. Bien que les modifications apportées à cet article aient changé l'élément central sur lequel repose la décision définitive, le faisant passer du pays à l'exportateur donné, le critère donnant lieu à la décision définitive demeure le même, soit la question de savoir si la marge de dumping est minimale.

[28] À mon avis, la modification du libellé de l'article 41 ne change rien au fait qu'une décision définitive de dumping ne peut être annulée par la Cour simplement parce que la marge de dumping établie pour un exportateur donné, plutôt que pour un pays donné, serait inférieure à celle calculée par le président, sans qu'elle soit pour autant minimale. Le critère donnant lieu à la décision définitive selon laquelle les marchandises ont été sous-évaluées au titre de l'alinéa 41(1)b) de la LMSI est la conclusion voulant que la marge de dumping soit de 2 p. 100 ou plus. Que la marge de dumping s'élève à 15 p. 100 ou à 50 p. 100, on en arrivera à la même décision définitive, soit que l'exportateur a sous-évalué ses marchandises et que la marge de dumping n'est pas minimale.

[29] Par conséquent, l'analyse textuelle étaye la conclusion selon laquelle la Cour ne peut réviser que la décision définitive de dumping, c'est-à-dire la décision selon laquelle la valeur normale dépasse le prix à l'exportation et que cette différence n'est pas minimale. Si ce résultat demeurerait inchangé, il n'existerait aucun motif d'annuler la décision définitive.

B. *Analyse contextuelle et téléologique*

[30] Angang soutient que les modifications à l'article 41 ont été apportées en raison de réserves quant à la version précédente de l'article 41 soulevées dans une décision d'un groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le Groupe spécial avait estimé que la version précédente de cet article (qui reposait sur la décision selon laquelle un pays fait du dumping) n'était pas conforme à l'article 5.8 de l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, 1868 R.T.N.U. 226 (l'Accord antidumping). L'article 5.8 stipule ce qui suit :

5.8 An application under paragraph 1 shall be rejected and an investigation shall be terminated promptly as soon as the authorities concerned are satisfied that there is not sufficient evidence of either dumping or of injury to justify proceeding with the case. There shall be immediate termination in cases where the authorities determine that the margin of dumping is *de minimis*, or that the volume of dumped imports, actual or potential, or the injury, is negligible. The margin of dumping shall be considered to be *de minimis* if this margin is less than 2 per cent, expressed as a percentage of the export price....

[31] The application referred to in Article 5.8 is an application that initiates an investigation of alleged dumping. The WTO panel in *Canada – Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Carbon Steel Welded Pipe From the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu*, WTO Doc WT / DS482 / R (Panel Report) noted:

7.18 The parties agree that the second sentence of Article 5.8 requires immediate termination of an investigation in the event that the “margin of dumping” is *de minimis*. The parties disagree whether the “margin of dumping” that triggers immediate termination relates to the exporting country as a whole, or to each exporter or producer individually. This is the issue that we must resolve.

7.19 The same issue was addressed by the panel and Appellate Body in *Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice*. Both the panel and the Appellate Body found that the term “margin of dumping” in Article 5.8 refers to the individual margin of dumping of an exporter or producer rather than to a country-wide margin of dumping. The panel noted that Article 6.10 of the Anti-Dumping Agreement provides that “the authorities shall, as a rule, determine an individual margin of dumping for each known exporter or producer concerned of the product under investigation....

...

7.37 We recall our view that the second sentence of Article 5.8, when read in light of the context of the phrase “margin of dumping” as used in other provisions of the Anti-Dumping Agreement, requires immediate termination of an investigation in respect of exporters that have

5.8. Une demande présentée au titre du paragraphe 1 sera rejetée et une enquête sera close dans les moindres délais dès que les autorités concernées seront convaincues que les éléments de preuve relatifs soit au dumping soit au dommage ne sont pas suffisants pour justifier la poursuite de la procédure. La clôture de l’enquête sera immédiate dans les cas où les autorités détermineront que la marge de dumping est *de minimis* ou que le volume des importations, effectives ou potentielles, faisant l’objet d’un dumping, ou le dommage, est négligeable. La marge de dumping sera considérée comme *de minimis* si, exprimée en pourcentage du prix à l’exportation, elle est inférieure à 2 pour cent. [...]

[31] La demande visée à l’article 5.8 fait ouvrir une enquête sur un dumping allégué. Le Groupe spécial de l’OMC, dans le rapport intitulé *Canada – Mesures antidumping visant les importations de certains tubes soudés en acier au carbone en provenance du Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu*, Document de l’OMC WT/DS482/R (le rapport du Groupe spécial), a fait observer ce qui suit :

7.18 Les parties s’accordent à dire que la deuxième phrase de l’article 5.8 exige la clôture immédiate de l’enquête dans le cas où la « marge de dumping » est *de minimis*. Elles ne sont pas d’accord sur la question de savoir si la « marge de dumping » déclenchant la clôture immédiate concerne le pays exportateur dans son ensemble, ou chaque exportateur ou producteur individuellement. C’est la question que nous devons résoudre.

7.19 La même question a été examinée par le Groupe spécial et l’Organe d’appel dans l’affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*. Le Groupe spécial et l’Organe d’appel ont tous deux constaté que l’expression « marge de dumping » figurant à l’article 5.8 désignait la marge de dumping individuelle d’un exportateur ou d’un producteur, plutôt qu’une marge de dumping à l’échelle du pays. Le Groupe spécial a observé que l’article 6.10 de l’Accord antidumping disposait qu’« [e]n règle générale, les autorités détermineront une marge de dumping individuelle pour chaque exportateur connu ou producteur concerné du produit visé par l’enquête » [...]

[...]

7.37 Nous rappelons notre avis selon lequel la deuxième phrase de l’article 5.8, lue à la lumière du contexte de l’expression « marge de dumping » telle qu’utilisée dans d’autres dispositions de l’Accord antidumping, exige la clôture immédiate de l’enquête en ce qui concerne les

individual *de minimis* margins of dumping. We further recall that this approach is consistent with the decisions of the panel and Appellate Body regarding the same issue in *Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice*. For the reasons explained above, we find that Canada has failed to establish that there are cogent reasons for us to depart from those decisions. We therefore uphold Chinese Taipei's claim that Canada violated the second sentence of Article 5.8 by failing to immediately terminate the investigation in respect of two Chinese Taipei exporters with *de minimis* margins of dumping. [Footnotes omitted.]

[32] It seems clear that the main concern of Article 5.8 of the Anti-Dumping Agreement and the WTO panel decision was a lack of a requirement in SIMA to immediately terminate an investigation in relation to a particular exporter if the margin of dumping, as found for that exporter, was *de minimis*. As noted, “*de minimis*” means less than 2 percent of the export price. The concern of the WTO panel has, therefore, been addressed by the addition of paragraph 41(1)(a) of SIMA, which provides for the termination of an investigation if the margin of dumping for a particular exporter is insignificant. This decision is, however, of little assistance in interpreting paragraph 41(1)(b) of SIMA and, in particular, whether this Court could set aside a final determination of dumping if the exporter is not alleging that the margin of dumping applicable to that exporter is not insignificant, but rather that the margin of dumping should be less than the amount specified by the President.

[33] As part of the context, it is important to identify the relevance of the margin of dumping as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA. As noted above, paragraph 41(1)(b) of SIMA provides that a final determination of dumping is to be made for any goods that are the subject of an investigation that has not been terminated under paragraph (a). The second obligation of the President under this paragraph is to specify, with respect to each exporter, the goods to which the determination of dumping applies and the margin of dumping of the goods. However, the particular margin of dumping that is specified for a particular exporter, as

exportateurs pour lesquels des marges de dumping individuelles de *de minimis* ont été calculées. Nous rappelons en outre que cette approche est compatible avec les décisions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant la même question dans l'affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*. Pour les raisons expliquées plus haut, nous constatons que le Canada n'a pas établi que nous avons des raisons impérieuses de nous écarter de ces décisions. Nous reconnaissons donc le bien-fondé de l'allégation du Taipei chinois selon laquelle le Canada a agi en violation de la deuxième phrase de l'article 5.8 en ne clôturant pas immédiatement l'enquête en ce qui concerne deux exportateurs du Taipei chinois pour lesquels des marges de dumping *de minimis* avaient été calculées. [Notes en bas de pages omises.]

[32] Il semble manifeste que la principale réserve à l'égard de l'article 5.8 de l'Accord antidumping que le Groupe spécial de l'OMC a exprimée dans sa décision était que la LMSI n'exigeait pas la clôture immédiate de l'enquête relative à un exportateur donné si la marge de dumping calculée pour cet exportateur était de *de minimis*. Il a été dit plus haut que l'expression « *de minimis* » signifie moins de 2 p. 100 du prix à l'exportation. La réserve soulevée par le Groupe spécial de l'OMC a donc été corrigée par l'ajout à la LMSI de l'alinéa 41(1)a), qui prescrit la clôture de l'enquête si la marge de dumping pour un exportateur donné est minimale. Cette décision est toutefois peu utile lorsqu'il s'agit d'interpréter l'alinéa 41(1)b) de la LMSI et, plus précisément, de déterminer si la Cour peut annuler une décision définitive de dumping si l'exportateur n'allègue pas que la marge de dumping qui s'applique à lui est minimale, mais plutôt que la marge de dumping devrait être inférieure à celle précisée par le président.

[33] Dans ce contexte, il est important d'établir la pertinence de la marge de dumping précisée par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)b)(i) de la LMSI. Il a été dit plus haut que l'alinéa 41(1)b) de la LMSI dispose qu'une décision définitive de dumping doit être rendue concernant les marchandises visées au sujet desquelles il n'y a pas eu la clôture d'enquête prévue à l'alinéa a). La deuxième obligation du président aux termes de cet alinéa est de préciser, relativement à chacun des exportateurs, les marchandises auxquelles s'applique la décision de dumping ainsi que la marge de dumping des marchandises. Cependant, la marge de dumping qui est

discussed below, is not used to determine the amount of any anti-dumping duty that may be imposed following a finding by the CITT. Rather, this specification of the margin of dumping allows the President to determine that the margin of dumping for a particular exporter is not insignificant.

[34] As noted above, anti-dumping duties are not imposed by the President on goods but rather on goods in respect of which the CITT has made an order or finding (section 3 of SIMA). Following the final determination of dumping by the President, the CITT is to make a determination of whether the dumped goods have caused injury or threaten to cause injury. If such finding is made, then, and only then, would anti-dumping duties be imposed.

[35] The limited role that the margin of dumping, as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA, plays under SIMA is confirmed in the reasons for the Final Determination. In paragraph 255 of these reasons, it is noted:

If the CITT finds that the dumped goods have caused injury, the anti-dumping duty payable on the subject goods released by the CBSA during the provisional period will be finalized pursuant to section 55 of SIMA. Imports released by the CBSA after the date of the CITT's finding will be subject to anti-dumping duty equal to the margin of dumping.

[36] Section 55 of SIMA reads:

Determination by designated officer

55 (1) Where the President

(a) has made a final determination of dumping or subsidizing under subsection 41(1) with respect to any goods, and

(b) has, where applicable, received from the Tribunal an order or finding described in any of sections 4 to 6 with respect to the goods to which the final determination applies,

précisée pour un exportateur donné, ce dont il sera question plus loin, n'est pas utilisée pour déterminer le montant des droits antidumping qui pourraient être imposés à la suite de conclusions du TCCE. En fait, le président précise ainsi la marge de dumping afin de déterminer que la marge de dumping pour un exportateur donné n'est pas minimale.

[34] Comme il a été dit plus haut, les droits antidumping ne sont pas imposés par le président sur les marchandises, mais plutôt sur les marchandises à l'égard desquelles le TCCE a rendu une ordonnance ou des conclusions (article 3 de la LMSI). Après la décision définitive de dumping rendue par le président, le TCCE doit déterminer si les marchandises sous-évaluées ont causé un dommage ou menacent d'en causer un. S'il tire une telle conclusion, alors, et pas avant, des droits antidumping seront imposés.

[35] Le rôle limité que joue la marge de dumping précisée par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)(b)(i) de la LMSI pour l'application de la LMSI est confirmé dans les motifs de la décision définitive. Il est écrit ce qui suit au paragraphe 255 de ces motifs :

Si, en revanche, le TCCE conclut que les marchandises sous-évaluées ont causé un dommage, les droits antidumping payables sur les marchandises en cause dédouanées par l'ASFC durant la période provisoire seront rendus définitifs, conformément à l'article 55 de la LMSI. Les importations dédouanées par l'ASFC après le jour des conclusions du TCCE seront frappées de droits antidumping équivalents à la marge de dumping.

[36] L'article 55 de la LMSI est libellé ainsi :

Décision de l'agent désigné

55 (1) Après avoir :

a) rendu la décision définitive de dumping ou de subventionnement prévue au paragraphe 41(1);

b) reçu, le cas échéant, l'ordonnance ou les conclusions du Tribunal visées à l'un des articles 4 à 6 au sujet des marchandises objet de la décision définitive,

the President shall cause a designated officer to determine, not later than six months after the date of the order or finding,

(c) in respect of any goods referred to in subsection (2), whether the goods are in fact goods of the same description as goods described in the order or finding,

(d) the normal value and export price of or the amount of subsidy on the goods so released, and

(e) where section 6 or 10 applies in respect of the goods, the amount of the export subsidy on the goods.

[37] This section provides that the President is to designate another person to determine the normal value and export price, i.e. the margin of dumping, for any goods that have been released (subsections 55(1) and (2) of SIMA). If Parliament had intended that the margin of dumping, as determined by the President in making the Final Determination, would also be used to impose any anti-dumping duty on goods that have been released, section 55 of SIMA could have provided for this result. However, this section provides that the President is to designate another officer to make this determination within six months of the date of the order or finding of the CITT.

[38] As a result, it is clear that Parliament did not intend that the margin of dumping, as determined by the President in making any final determination of dumping, would be used to calculate the amount of any anti-dumping duties that may be imposed on any goods that have already been imported. The granting of an additional six months in section 55 of SIMA for the designated officer to make the determinations of the normal value and export price also supports a finding that Parliament did not intend that the designated officer simply use the amounts as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA. Six months would not be required to determine the margin of dumping if the margin of dumping as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA was to be used.

le président fait déterminer par un agent désigné, dans les six mois suivant la date de l'ordonnance ou des conclusions :

c) la question de savoir si les marchandises visées au paragraphe (2) sont en fait de même description que celles désignées dans l'ordonnance ou les conclusions;

d) la valeur normale et le prix à l'exportation de ces marchandises ou le montant de subvention octroyée pour elles;

e) si les articles 6 ou 10 s'appliquent aux marchandises, le montant de la subvention à l'exportation octroyée pour elles.

[37] Cet article dispose que le président doit désigner une autre personne qui sera chargée de déterminer la valeur normale et le prix à l'exportation, c'est-à-dire la marge de dumping, pour toutes les marchandises qui ont été dédouanées (paragraphe 55(1) et (2) de la LMSI). Si le législateur avait voulu que la marge de dumping déterminée par le président dans sa décision définitive soit également utilisée pour imposer des droits anti-dumping sur les marchandises qui ont été dédouanées, l'article 55 de la LMSI aurait pu le prévoir. Cependant, cet article dispose que le président désigne un agent qui rendra sa décision dans les six mois suivant la date de l'ordonnance ou des conclusions du TCCE.

[38] Par conséquent, il est évident que l'intention du législateur n'était pas que la marge de dumping déterminée par le président dans sa décision définitive de dumping soit utilisée pour calculer le montant des droits antidumping qui pourraient être imposés sur des marchandises ayant déjà été importées. L'octroi d'un délai supplémentaire de six mois, prévu à l'article 55 de la LMSI, à l'agent désigné pour qu'il établisse la valeur normale et le prix à l'exportation étaye également la conclusion voulant que le législateur n'ait pas eu l'intention d'obliger l'agent désigné à simplement utiliser les chiffres précisés par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)(b)(i) de la LMSI. Un délai de six mois pour déterminer la marge de dumping serait inutile s'il fallait utiliser celle précisée par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)(b)(i) de la LMSI.

[39] As noted in paragraph 255 of the reasons, for any goods imported after the CITT has made a finding of injury, the amount of duty will be the margin of dumping. This term is defined in subsection 2(1) of SIMA:

Definitions

2 (1) ...

margin of dumping, in relation to any goods, means, subject to sections 30.2 and 30.3, the amount by which the normal value of the goods exceeds the export price of the goods.

[40] Section 56 of SIMA contemplates that a designated officer will be making a determination of the normal value and export price for any goods that are imported after the CITT has made an order or a finding. Section 56 does not state that the margin of dumping will be the amount as specified by the President in making the final determination of dumping. Sections 56 to 62 of SIMA set out the rights of re-determination and appeal applicable to any determination made under subsection 55(1) or subsection 56(1) of SIMA.

[41] Therefore, Parliament did not provide that the amount of any anti-dumping duty that will be imposed on goods by the CITT would be the amount as specified by the President under subparagraph 41(1)(b)(i) of SIMA. Rather, Parliament provided that the amount of such duty would be determined separately.

[42] It is important to note that the information required to determine the margin of dumping (and hence the anti-dumping duty) is information that is within the knowledge of the exporter. The amount of the anti-dumping duty is the difference between the normal value and the export price (section 3 of SIMA and the definition of the margin of dumping in subsection 2(1) of SIMA). The normal value is generally the price at which the particular exporter sells like goods to an arm's length purchaser (section 15 of SIMA). There are a number of rules related to this determination, including the possibility of determining the normal value based on the cost of production plus an amount for administration and profit (section 19 of SIMA). The calculation of the normal value is a matter that is dependent on the exporter's

[39] Comme cela a été mentionné au paragraphe 255 des motifs de la décision définitive, pour les marchandises importées après que le TCCE a conclu à l'existence d'un dommage, le montant des droits équivalra à la marge de dumping. Le terme « marge de dumping » est défini au paragraphe 2(1) de la LMSI :

Définitions

2 (1) [...]

marge de dumping Sous réserve des articles 30.2 et 30.3, l'excédent de la valeur normale de marchandises sur leur prix à l'exportation.

[40] L'article 56 de la LMSI dispose que l'agent désigné détermine la valeur normale et le prix à l'exportation des marchandises qui sont importées après que le TCCE a rendu une ordonnance ou des conclusions. L'article 56 ne dispose pas que la marge de dumping sera celle précisée par le président dans sa décision définitive de dumping. Les articles 56 à 62 de la LMSI énoncent les droits de révision et d'appel applicables aux décisions rendues en vertu du paragraphe 55(1) ou du paragraphe 56(1) de la LMSI.

[41] Par conséquent, le législateur n'a pas prévu que le montant des droits antidumping qui sera imposé sur les marchandises par le TCCE serait la somme précisée par le président en vertu du sous-alinéa 41(1)(b)(i) de la LMSI. Au contraire, le législateur a prévu que le montant de ces droits serait établi séparément.

[42] Il est important de souligner que les renseignements nécessaires pour l'établissement de la marge de dumping (et donc les droits antidumping) sont des renseignements dont l'exportateur a connaissance. Le montant des droits antidumping est la différence entre la valeur normale et le prix à l'exportation (article 3 de la LMSI et définition de « marge de dumping » au paragraphe 2(1) de la LMSI). La valeur normale est généralement le prix auquel l'exportateur donné vend des marchandises similaires à un acheteur sans lien de dépendance (article 15 de la LMSI). Il existe plusieurs règles relatives à l'établissement de la valeur normale, dont la possibilité qu'elle soit établie par l'ajout au coût de production d'une somme pour les frais administratifs et les bénéfices (article 19 de la LMSI). Le calcul

information and, therefore, should be within the knowledge of the exporter.

[43] The export price is the particular exporter's selling price, subject to certain adjustments. The determination of the export price is also a matter that should be within the knowledge of the particular exporter.

[44] Therefore, the exporter should be able to establish the normal value and the export price to the designated officer who will be determining these amounts for the purpose of calculating the amount of any anti-dumping duty.

[45] As a result of the relatively short timeframes within which the President is to make a preliminary determination and a final determination, the process has been described as "a race against the clock" (*Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG*, 2006 FCA 398, [2007] 4 F.C.R. 101, at paragraph 45). The imposition of such time restraints supports the conclusion that the purpose for specifying the margin of dumping under paragraph 41(1)(b) is to confirm that the margin of dumping for a particular exporter is not insignificant and not to calculate the amount of any anti-dumping duty that may subsequently be imposed. As noted above, the additional six months following an order or finding of the CITT for a designated officer to determine the margin of dumping for goods that were released before such order or finding under section 55 of SIMA also supports this conclusion.

[46] It is clear that Parliament did not intend that the margin of dumping, as specified by the President, would be used to impose the anti-dumping duty. There are no direct legal consequences of changing the margin of dumping from one amount, which would be 2 percent or more of the export price, to another, albeit different, amount, but which would also be 2 percent or more of the export price. Whether the margin of dumping is, for example, 15 percent or 50 percent, it is still above the de *minimis* threshold amount (less than 2 percent) under SIMA for determining if a margin of dumping is insignificant.

de la valeur normale dépend des renseignements fournis par l'exportateur et, par conséquent, relève de sa connaissance.

[43] Le prix à l'exportation est le prix de vente de l'exportateur donné, sous réserve de certains ajustements. L'établissement du prix à l'exportation est également censé relever de la connaissance de l'exportateur donné.

[44] Par conséquent, l'exportateur est censé être capable de fournir la valeur normale et le prix à l'exportation à l'agent désigné, lequel en déterminera le montant aux fins du calcul des droits antidumping.

[45] En raison des délais relativement courts dans lesquels le président doit rendre une décision provisoire et une décision définitive, le processus a été décrit comme étant une « course contre la montre » (*Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG*, 2006 CAF 398, [2007] 4 R.C.F. 101, au paragraphe 45). L'imposition de telles contraintes temporelles étaye la conclusion selon laquelle la marge de dumping est précisée en vertu de l'alinéa 41(1)b pour confirmer que la marge de dumping d'un exportateur donné n'est pas minimale, et non pour calculer le montant de droits antidumping qui pourraient être imposés par la suite. Comme cela a été mentionné plus haut, l'octroi de six mois supplémentaires après l'ordonnance ou les conclusions du TCCE accordés à l'un agent désigné pour qu'il établisse la marge de dumping des marchandises dédouanées avant cette ordonnance ou ces conclusions, au titre de l'article 55 de la LMSI, étaye également cette conclusion.

[46] Il est manifeste que le législateur n'avait pas l'intention que la marge de dumping précisée par le président soit utilisée pour l'imposition des droits antidumping. Changer une marge de dumping de 2 p. 100 ou plus du prix à l'exportation pour une autre marge de dumping également de 2 p. 100 ou plus du prix à l'exportation n'entraînerait aucune conséquence juridique directe. Que la marge de dumping soit de 15 p. 100 ou de 50 p. 100, par exemple, elle reste supérieure au seuil de *minimis* (moins de 2 p. 100) prévu par la LMSI servant à déterminer si une marge de dumping est minimale.

[47] Subparagraph 37.1(1)(c)(ii.1) of the *Special Import Measures Regulations*, SOR/84-927, provides that “the magnitude of the margin of dumping” is a factor that may be considered in determining whether the dumping of goods has caused injury or retardation. In this application, Angang has not made any submissions related to whether the magnitude of the margin of dumping was a factor that was relevant in any CITT decision. Nor has Angang made any submission that if its margin of dumping were to be less than the amount specified by the President, it could or would have an impact on any decision that the CITT has made in this case.

[48] As a result, under SIMA, the final determination that is made by the President and which is the subject of a review by this Court is the final determination of dumping in paragraph 41(1)(b) of SIMA. This determination will not change unless the margin of dumping is insignificant. In other situations, this Court has held that matters will not be sent back to a tribunal where the result is inevitable, even if errors were made in reaching a decision (*Tahmourpour v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 2, [2013] F.C.J. No. 11 (QL)). As noted above, Angang has not argued that its margin of dumping, if the President had not used the ministerial specification, would be insignificant. Rather, Angang is simply arguing that it should not be as large as the President has specified.

IV. Conclusion

[49] In my view, the final determination of dumping that could be reviewed and set aside by this Court is the final determination that goods have been dumped. Since an investigation will be terminated under paragraph 41(1)(a) of SIMA if the margin of dumping is insignificant, the final determination under paragraph 41(1)(b) of SIMA is simply that the margin of dumping is not insignificant. There is no basis to set aside a decision of the President if the result would be the same (i.e. that the margin of dumping is not insignificant), even if the amount as specified by the President is greater than the amount that should have been specified. Since Angang has not submitted that its margin of dumping would be insignificant,

[47] Le sous-alinéa 37.1(1)c)(ii.1) du *Règlement sur les mesures spéciales d'importation*, DORS/84-927, dispose que « l'importance de la marge de dumping » est un facteur qui peut être pris en compte pour décider si le dumping de marchandises a causé un dommage ou un retard. Dans la présente demande, Angang n'a pas présenté d'observations sur la question de savoir si l'importance de la marge de dumping constituait un facteur que le TCCE devait prendre en compte dans sa décision. Angang n'a pas non plus fait valoir que, si sa marge de dumping était inférieure à la somme précisée par le président, cela pourrait avoir ou aurait une incidence sur la décision rendue par le TCCE en l'espèce.

[48] Par conséquent, aux termes de la LMSI, la décision définitive qui est rendue par le président et qui fait l'objet d'un contrôle par notre Cour est la décision définitive de dumping rendue en vertu de l'alinéa 41(1)b) de la LMSI. Cette décision ne changera pas, sauf si la marge de dumping est minimale. Dans d'autres situations, notre Cour a conclu que les affaires ne seront pas renvoyées à un tribunal si le résultat est inévitable, même si des erreurs ont été commises dans la décision (*Tahmourpour c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 2, [2013] A.C.F. n° 11 (QL)). Comme cela a été dit plus haut, Angang n'a pas fait valoir que sa marge de dumping, si le président n'avait pas utilisé les modalités fixées par le ministre, aurait été minimale. Elle soutient simplement que la marge de dumping ne devrait pas être aussi importante que celle précisée par le président.

IV. Conclusion

[49] À mon avis, la décision définitive de dumping qui peut être révisée et annulée par notre Cour est la décision définitive selon laquelle des marchandises ont été sous-évaluées. Puisqu'il y a clôture de l'enquête conformément à l'alinéa 41(1)a) de la LMSI si la marge de dumping est minimale, la décision définitive rendue en vertu de l'alinéa 41(1)b) de la LMSI se résume à la conclusion que la marge de dumping n'est pas minimale. Il n'existe aucun motif justifiant que la décision du président soit annulée si le résultat demeure inchangé (c'est-à-dire que la marge de dumping n'est pas minimale), même si la somme précisée par le président est supérieure à celle qui aurait dû être précisée. Angang

there is no basis to set aside the Final Determination or to address its submissions related to the use of the ministerial specification under subsection 29(1) of SIMA to determine its margin of dumping.

[50] As a result, I would dismiss this application with costs. The costs are to be assessed using the mid-range of Column III of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

RENNIE J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

n'ayant pas fait valoir que sa marge de dumping serait minimale, il n'existe aucun motif justifiant que la Cour annule la décision définitive ou qu'elle se penche les observations concernant le recours aux modalités fixées par le ministre conformément au paragraphe 29(1) de la LMSI pour l'établissement de sa marge de dumping.

[50] Pour ces motifs, je rejeterais la présente demande, avec dépens. Les dépens seront taxés selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

Le juge RENNIE, J.C.A. : Je suis d'accord.

La juge MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of decisions by immigration officer concluding that five-year inadmissibility period, prohibition applying, deeming applicant's new application for permanent resident status withdrawn — Applicant citizen of China, marrying Canadian citizen in 2005 — Applicant's first marriage found to be marriage of convenience — Immigration and Refugee Board (IRB), Immigration Division (ID) finding applicant inadmissible for misrepresentation in 2012 pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 40(1)(a) — At time of inadmissibility, that period continuing for two years from date of enforcement of removal order — Applicant remarrying in 2014, having child — IRB, Immigration Appeal Division dismissing applicant's appeal of ID's inadmissibility finding in September 2014, issuing exclusion order against applicant — Amendments to Act, s. 40 coming into force on November 21, 2014, changing from two-year period referred to in s. 40(2)(a) to five years, adding new subsection prohibiting applications for permanent resident status during inadmissibility period — Applicant again applying for permanent residence, seeking discretionary issuance of Authorization to Return to Canada (ARC) — Immigration officer concluding applicant could not apply for permanent resident status, obtain ARC owing to five-year inadmissibility period, associated prohibition — Applicant arguing, *inter alia*, only two-year inadmissibility period applying; application of amended version of Act, s. 40 herein inappropriately giving amendments retrospective effect — Citing *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289 for principle that laws only having retrospective effect where such intent clearly stated in legislation — Respondent arguing that presumption having no application, as applicant having no vested or acquired right to have his new application considered under old provisions of Act — Whether new longer period applying to individuals found inadmissible before amendments — Applying five-year inadmissibility period to foreign national found inadmissible for misrepresentation, subject to removal order before November 21, 2014, amounting to retrospective application of amendments to Act, s. 40 — Inadmissibility period continuing to be two years whether or not exclusion order enforced before or after November 21, 2014 — Presumption against retrospectivity different interpretive presumption from presumption against interference with acquired or vested rights — Retrospective statute attaching new consequences to event having occurred prior to its enactment — Applying amendments herein attaching new adverse consequence in form of longer inadmissibility period — Situation therefore not simply issue of applying current law to new application for permanent residence — Question of retrospectivity ultimately turning on whether Parliament having signaled its intention that new legislation applying — Presumption against retrospective legislation relevant herein; question becoming whether legislation having retrospective effect; if so, whether such effect expressly or by necessary implication required by language of Act — Respondent not pointing to any authority to support proposition that acquired right to particular consequence only arising when that consequence being enforced — Statute having retrospective effect if attaching new consequences to event occurring prior to its enactment — "Event" to which Act attaching consequences of inadmissibility is determination of misrepresentation not enforcement of resulting exclusion order — Nothing in legislation providing clear signal that Parliament intending five-year inadmissibility period to apply to individuals subject to removal orders for misrepresentation made prior to its coming into force — Amendments to s. 40

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

designed to further deter fraudulent applications by increasing adverse consequences of finding of misrepresentation — No new “deterrence” of past conduct; thus, suggesting non-retrospective application of changes — No indication of intent to impose “partial retrospectivity” — Application allowed.

ZENG V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6508-18, 2019 FC 1586, McHaffie J., reasons for judgment dated December 11, 2019, 24 p.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Dependent child

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision upholding refusal of applicant’s application to sponsor son for permanent residence in Canada — Applicant, wife, Chinese citizens, becoming permanent residents in November 2007 — Son, living in China, diagnosed with paranoid schizophrenia, unable to work or to support himself, receiving financial support from aunt — Applicant later providing son with financial support, submitting application to sponsor him under family class — Application refused twice — IAD basing second decision under review here on its interpretation of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (*Regulations*), s. 2 definition of “dependent child” — Finding that applicant’s son not qualifying as dependent child because not receiving continuous support from his parents since age of 22 — Holding that definition requiring unbroken support — IAD’s interpretation of definition of dependent child not unreasonable — IAD not erring in taking guidance from *Gilani v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1522 — Substantial argument before Court herein as to whether findings in *Gilani obiter* or not pointing to reasonableness of IAD’s approach — Shared meaning between English, French versions of definition is one requiring continuous, unbroken financial support — Situation of dependency can be ongoing, continuous, or intermittent, sporadic — Not unreasonable to conclude that Parliament intending to extend ordinary understanding of dependent child in specific, limited circumstances — Relevant that other provisions applying in regard to sponsorship of adult relatives, so distinction between dependent child, adult family member existing within context of overall scheme — Here, IAD relying on relevant decision of Court, interpreting provision in reasonable manner — Thus, not sufficient to warrant judicial intervention on review — Application dismissed.

HUANG V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4081-18, 2019 FC 1620, Pentney J., reasons for judgment dated December 18, 2019, 14 pp.)

COPYRIGHT

PRACTICE

Motion seeking interlocutory mandatory injunction against third party respondent Internet Service Providers (ISPs) compelling innocent third party respondents to take steps to block their customers from accessing websites, Internet services operated by anonymous defendants — Plaintiffs/moving parties Canadian broadcasting companies either owning Canadian rights or exclusive licensees of rights to broadcast variety of television programming — Broadcasting done via television, through online broadcasting or streaming services — Despite issuance of previous interim, interlocutory injunctions some services provided by defendants remaining in operation, alleged infringement continuing — Plaintiffs seeking “site-blocking order”, never previously issued in Canada — Main issue whether Court having jurisdiction to issue site-blocking order — Court’s equitable jurisdiction encompassing authority to issue injunction in nature sought by plaintiffs — *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 4, 44 establishing Court as court of equity, granting it injunction power subject only to condition that injunction be “just and convenient” — Injunctions equitable remedies; powers of court with equitable jurisdiction unlimited, not restricted to any area of substantive law, enforceable through court’s contempt power — *Norwich* orders, *Mareva* injunctions imposed where parties not themselves engaging in any wrongdoing but in position to facilitate harm — England, Wales Court of Appeal applying this rationale where site-blocking order issued against ISPs — Issue herein not solely one of site blocking — Injunction remedy sought cannot be simply divorced from essential character of underlying copyright infringement action — Provisions in *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, ongoing parliamentary debate about role of site blocking in Canada’s telecommunications regulatory regime not reasons for Court to decline exercising jurisdiction in present case — Plaintiffs having to satisfy test set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 (*Metropolitan Stores*);

COPYRIGHT—Concluded

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311 (*RJR-MacDonald*) wherein interlocutory injunction issued if serious issue to be tried; irreparable harm resulting if injunction not granted; balance of convenience favouring plaintiffs — Appropriate to seek guidance from United Kingdom case law — *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII) (*Cartier*) endorsing number of relevant principles or factors in determining if site-blocking order proportional, e.g. necessity, effectiveness, dissuasiveness — Necessity factor closely linked to irreparable harm branch of test — Remaining factors assisting in assessing balance of convenience, determining what is just, equitable in considering legitimate but conflicting interests herein — Regarding serious issue, evidence disclosing strong *prima facie* case of copyright infringement by defendants — Plaintiffs establishing irreparable harm resulting if injunction not granted — With respect to balance of convenience, order sought likely to reduce overall access to infringing services, effective means of protecting plaintiffs' rights, limiting harm — After considering *Cartier* factors, recognizing legitimate competing interests arising in context of relief being sought, Court satisfied balance of convenience favouring plaintiffs in present matter — Terms of order amended — Motion granted.

BELL MEDIA INC. v. GOLDTV.BIZ (T-1169-19, 2019 FC 1432, Gleeson J., reasons for judgment dated November 15, 2019, 45 pp.)

ENVIRONMENT

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2017 FC 1100) dismissing application for judicial review of Decision Statement communicating decisions of respondent Minister of the Environment (Minister), Governor in Council (GIC) pursuant to *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19 (CEAA 2012), s. 52 determining that appellant's New Prosperity Gold-Copper Mine Project (Project) likely to cause significant adverse environmental effects, that those effects not justified — Review Panel Final Report (Final Report) at basis of these decisions — Case raising difficult question of interaction between constitutionally mandated duty to consult, common law principles of procedural fairness, natural justice — Crown appointing "Consultation Coordinator" to liaise between Crown, respondent Tsilhqot'in National Government (TNG) in respect of Project, to prepare Crown Consultation Report — Meetings involving TNG lying at heart of appeal — At first meeting, TNG seeking to voice its concerns that appellant misrepresenting their views in public statements, wanting to set record straight — Second meeting held between TNG, deputy ministers who were briefed not to discuss any issues currently before review panel — F.C. finding that appellant learning of these meetings soon afterward but making no objection at time — Finding that appellant writing directly to Minister, publishing opinion piece, issuing press release impugning opponents of Project, setting out arguments about how Final Report conclusions wrong, why Project should be approved — Appellant requesting notification by Minister of adverse submissions arising out of consultations with Indigenous groups outside of panel process — TNG providing submissions on Final Report to Canadian Environmental Assessment Agency (Agency) as part of Phase IV consultation — These submissions not provided to appellant — Agency later sending memorandum to Minister requesting her decision under CEAA, 2012, s. 52 — Minister provided with Crown Consultation Report including TNG's views as to why Project not justified to proceed at GIC decision stage — Consultation Report not provided to appellant — Minister releasing her Decision Statement — In underlying application for judicial review, appellant arguing decisions of Minister, GIC should be quashed for breaches of procedural fairness, jurisdictional errors, asking F.C. for declaration that CEAA, 2012, ss. 5(1)(c), 6 unconstitutional — F.C. finding, *inter alia*, Minister owing appellant only "minimal" degree of procedural fairness — Rejecting appellant's claim that it should have been informed of any submissions received by Minister in opposition to Project — Rejecting allegations of unfairness with respect to GIC's decision on basis that no duty attached to it — Not dealing with constitutional questions — Issues whether decisions by Minister, GIC to be quashed for breaches of procedural fairness jurisdictional error; whether CEAA, 2012, ss. 5(1)(c), 6 inapplicable to Project because of doctrine of interjurisdictional immunity — F.C. not erring in finding that minimal duty of fairness satisfied in this case — Determination of whether procedural fairness met in any given case always context specific — Guiding principle that person affected should be afforded means to present case fully, fairly, have a decision made in fair, impartial, open process, taking into consideration statutory, institutional, social setting of that decision — Duty to consult with, accommodate Indigenous groups part and parcel of social context — Importance of Minister's decision, adversarial nature of process not calling for more than "minimal" degree of procedural fairness — Minister's task in present case essentially to form opinion based on Final Report — Far from situation in which determinations having to be made to reach decision resembling judicial decision making — Other factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193 supporting lower degree of procedural fairness towards appellant at this stage of process — No breach of appellant's right to procedural fairness demonstrated — *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, 31 N.R. 214 cannot be used in support of idea that mere apprehension

ENVIRONMENT—Concluded

of breach of procedural fairness sufficiently justifying intervention — F.C. applying correct approach when stating that “a party must show that a possibility of prejudice arose from such a meeting or submission in order to constitute a breach of the *audi alteram partem* principle” — Appellant failing to demonstrate significant, relevant information presented to Minister of which it did not have prior knowledge — TNG saying nothing new or different during meetings from positions it took publicly, before Panel — Appellant knew of case made against it, given opportunity to respond — F.C. right to conclude that no duty of procedural fairness attached to GIC process — CEAA, 2012 not contemplating right to make direct submissions to GIC— Would be contrary to language, structure of statutory regime, as well as very nature of GIC decision-making process to impose one — Decisions of Minister, GIC not to be quashed for jurisdictional error — Court not intervening herein regarding constitutional questions — Interjurisdictional immunity not preferred method for resolving constitutional disputes, appearing to be at odds with cooperative federalism — Appeal dismissed.

TASEKO MINES LIMITED v. CANADA (ENVIRONMENT) (A-6-18, 2019 FCA 320, de Montigny J.A., reasons for judgment dated December 18, 2019, 45 pp.)

Judicial review of decisions by Minister of Environment and Climate Change Canada (ECCC) pursuant to *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33 (Act), s. 18 refusing to open investigations into allegations made by applicants relating to importation, sale in Canada of certain diesel vehicles — Allegations involving certain Volkswagen, Audi, Porsche vehicle models equipped with prohibited defeat devices intended to produce fraudulent results when vehicles undergoing emission tests — Environmental groups dissatisfied with time ECCC taking in conducting its investigation, lack of information concerning its progress — Applicants consequently initiating private complaints under Act — Minister responding, *inter alia*, that offences alleged in applications covered by ECCC investigation— Accepting to investigate one allegation — Applicants submitting, *inter alia*, Minister must open investigation under Act, s. 18 upon receiving s. 17 application requesting that investigation — Pointing, *inter alia*, to use of word “shall” in s. 18; to mandatory nature of reporting under Act, s. 19; to legal opinion of ECCC staff confirming Minister’s duty to conduct investigation — Whether Minister reasonably interpreting duty to investigate as discretionary; whether decision to refuse to investigate reasonable — Minister’s decision not to open new investigation on matters currently under investigation falling into range of possible, justifiable outcomes; thus, could not be upset — No evidence Minister relying on legal opinion to make decision — Interpretation in conflict with legal advice received not automatically unreasonable — Statutory interpretation cannot be founded on the wording of legislation alone, i.e. word “shall” in present case — Presumption existing that legislature not intending to produce absurd consequences when statutory language interpreted — Respondent’s interpretation placing emphasis on phrase “shall investigate all matters that the Minister considers necessary” in s. 18 specifically giving Minister discretion to determine if matter requiring investigation actually existing — Under that interpretation, Minister used discretion herein to determine there were no matters requiring investigation since ECCC already investigating allegations in question — While Minister’s interpretation of s. 18 not only possible interpretation, interpretation reasonable — Partial acceptance of applications illustrating that Minister considered the applications, each alleged violations — Duplicative, parallel investigations running contrary to purpose of s. 17 — Also, no merit to applicants’ arguments relying on sufficiency of certified tribunal record or currency of investigation since not included as grounds underlying present judicial review — Application dismissed.

GRAY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1252-17, 2019 FC 1553, Zinn J., reasons for judgment dated December 4, 2019, 17 p.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire de décisions dans lesquelles un agent d'immigration a conclu que la période d'interdiction de territoire de cinq ans et l'interdiction de présenter une demande s'appliquaient et a jugé que la nouvelle demande de résidence permanente du demandeur avait fait l'objet d'un retrait — Le demandeur, un citoyen de la Chine, a épousé une citoyenne canadienne en 2005 — Le premier mariage du demandeur a été jugé être un mariage de complaisance — La Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a déclaré le demandeur interdit de territoire pour fausses déclarations en 2012 aux termes de l'al. 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) — À la date de la déclaration d'interdiction de territoire, cette période se poursuivait pendant deux ans à compter de la date d'exécution de la mesure de renvoi — Le demandeur s'est marié une deuxième fois en 2014 et a eu un enfant — En septembre 2014, la Section d'appel de l'immigration de la CISR a rejeté l'appel interjeté par le demandeur contre la décision d'interdiction de territoire de la SI et a pris une mesure d'exclusion contre lui — Le 21 novembre 2014, les modifications apportées à l'art. 40 de la LIPR sont entrées en vigueur et ont fait passer la période de deux ans prévue à l'al. 40(2)a) à cinq ans, ajoutant un nouveau paragraphe qui interdit de demander le statut de résident permanent pendant la période d'interdiction de territoire — Le demandeur a de nouveau demandé la résidence permanente, demandant la délivrance discrétionnaire d'une autorisation de revenir au Canada (ARC) — L'agent d'immigration a conclu que le demandeur ne pouvait pas demander le statut de résident permanent et qu'il ne pouvait pas obtenir une ARC en raison de la période d'interdiction de territoire de cinq ans et de l'interdiction connexe de présenter une demande pendant cette période — Le demandeur a fait valoir notamment que seule la période d'interdiction de territoire de deux ans devrait s'appliquer et que l'application de la version modifiée de l'art. 40 de la LIPR à son cas donnerait à tort un effet rétroactif aux modifications — Il a renvoyé à l'affaire *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289 à l'appui du principe selon lequel les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la loi ne le décrète expressément — Le défendeur a soutenu que la présomption ne s'applique pas, puisque le demandeur n'a pas le droit acquis de faire examiner sa nouvelle demande sous le régime des anciennes dispositions de la LIPR — Il s'agissait de savoir si la nouvelle période plus longue s'applique aux personnes qui ont été jugées interdites de territoire avant l'entrée en vigueur des modifications — L'application de la période d'interdiction de territoire de cinq ans à un étranger déclaré interdit de territoire pour fausses déclarations et visé par une mesure de renvoi avant le 21 novembre 2014 équivaudrait à l'application rétroactive des modifications apportées à l'art. 40 de la LIPR — La période d'interdiction de territoire demeure de deux ans, que cette mesure ait été ou non exécutée avant ou après le 21 novembre 2014 — La présomption du caractère non rétroactif est une présomption interprétative différente de la présomption contre l'atteinte aux droits acquis — Une loi rétroactive attribue de nouvelles conséquences à un événement antérieur à son adoption — L'application de ces modifications imposerait une nouvelle conséquence défavorable sous la forme d'une période d'interdiction de territoire plus longue — Il ne s'agissait donc pas simplement d'appliquer la loi actuelle à une nouvelle demande de résidence permanente — La question de la rétroactivité tournait en fin de compte autour de la question de savoir

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

si le législateur avait manifesté son intention que la nouvelle loi s'applique — La présomption relative à la non-rétrospectivité d'une loi est pertinente, et la question devient celle de savoir si la loi aurait une portée rétrospective et, dans l'affirmative, si le texte de la loi décrète expressément ou exige implicitement une telle portée — Le défendeur n'a cité aucun précédent appuyant la proposition selon laquelle il existe un droit acquis à une conséquence particulière qui n'est créé que lorsque cette conséquence commence à être exécutée — Une loi a un effet rétrospectif si elle impose de nouvelles conséquences à un événement survenu avant son adoption — L'« événement » auquel la LIPR rattache les conséquences de l'interdiction de territoire est la décision selon laquelle il y a eu fausses déclarations, et non l'exécution de la mesure d'exclusion qui en résulte — Il n'y a rien dans la loi qui indique clairement que le législateur avait l'intention d'appliquer la période d'interdiction de territoire de cinq ans aux personnes visées par des mesures de renvoi pour fausses déclarations prises avant son entrée en vigueur — Les modifications apportées à l'art. 40 sont conçues pour dissuader davantage les demandes frauduleuses en imposant des conséquences plus sévères suivant une conclusion de fausses déclarations — Il ne peut y avoir de nouvelle « dissuasion » d'un comportement qui est chose du passé, ce qui laisse entendre une application non rétrospective des modifications — Rien n'indiquait une intention d'imposer la « rétrospectivité partielle » — Demande accueillie.

ZENG C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6508-18, 2019 CF 1586, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 11 décembre 2019, 24 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Enfant à charge

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé le rejet de la demande du demandeur visant à parrainer son fils afin que celui-ci obtienne la résidence permanente au Canada — Le demandeur et son épouse, des citoyens chinois, sont devenus des résidents permanents en novembre 2007 — Le fils, qui vivait en Chine, a reçu un diagnostic de schizophrénie, était incapable de travailler ou de subvenir à ses besoins et bénéficiait du soutien financier de sa tante — Le demandeur a par la suite fourni un soutien financier à son fils et a présenté une demande en vue de parrainer son fils dans la catégorie du regroupement familial — La demande a été refusée à deux reprises — La deuxième décision de la SAI faisant l'objet d'un contrôle dans la présente affaire découlait de son interprétation du terme « enfant à charge » à l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 — La SAI a conclu que le fils du demandeur ne pouvait être considéré comme un enfant à charge, puisqu'il n'avait pas bénéficié du soutien de ses parents de façon continue depuis l'âge de 22 ans — Elle a conclu que la définition exige l'existence d'un soutien ininterrompu — La SAI n'a pas interprété la définition d'« enfant à charge » de façon déraisonnable — Elle n'a pas commis d'erreur en se fondant sur la décision *Gilani c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2005 CF 1522 — Une part importante des arguments dans la présente affaire a porté sur la question de savoir si les conclusions dans *Gilani* étaient incidentes ou non, ce qui indique que l'analyse de la SAI était raisonnable — Le sens qui est commun aux versions française et anglaise de la définition est celui exigeant l'existence d'un soutien financier continu et interrompu — Toute situation de dépendance peut être continue et ininterrompue ou irrégulière et épisodique — Il n'est pas déraisonnable de conclure que l'intention du législateur était d'élargir la définition ordinaire du terme « enfant à charge » dans des circonstances précises et limitées — Il convient de mentionner qu'il existe des dispositions s'appliquant au parrainage de membres de la famille d'âge adulte, ce qui signifie que la distinction entre un enfant à charge et un membre de la famille d'âge adulte existe dans le contexte global du régime — Dans la présente affaire, la SAI s'est appuyée sur une décision pertinente rendue par la Cour et son interprétation donnée à la disposition était raisonnable — Cela n'est pas suffisant pour justifier l'intervention judiciaire lors d'un contrôle — Demande rejetée.

HUANG C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4081-18, 2019 CF 1620, juge Pentney, motifs du jugement en date du 18 décembre 2019, 14 p.)

DROIT D'AUTEUR

PRATIQUE

Requête en vue d'obtenir une injonction interlocutoire à l'encontre des tierces parties intimées, les fournisseurs d'accès Internet (FAI), afin d'obliger les tierces parties intimées innocentes à prendre des mesures pour empêcher leurs clients d'accéder

DROIT D'AUTEUR—Fin

aux sites Web et aux services Internet exploités par les défendeurs anonymes — Les demanderesse et requérantes sont des sociétés canadiennes de radiodiffusion qui sont soit propriétaires des droits de diffusion canadiens d'une panoplie d'émissions de télévision, soit titulaires exclusives de ces droits — Les émissions sont diffusées par l'entremise de services de radiodiffusion et de diffusion en ligne ou en continu — Malgré la délivrance d'injonctions provisoires et interlocutoires, certains des services des défendeurs demeurent fonctionnels et la contrefaçon alléguée se poursuit — Les demanderesse sollicitent une « ordonnance de blocage de site », que les tribunaux canadiens n'ont encore jamais rendue — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour a compétence pour rendre une ordonnance de blocage de site — La compétence en equity de la Cour lui confère le pouvoir de délivrer une injonction de la nature de celle que sollicitent les demanderesse — Les art. 4 et 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7 disposent que la Cour fédérale est une cour d'equity, et lui accordent le pouvoir de délivrer des injonctions sous réserve du respect d'une seule condition, c'est-à-dire que l'injonction soit « just[e] [et] opportun[e] » — Les injonctions sont des réparations en equity; les pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity sont illimités et ne sont pas limités à un domaine de droit substantiel, et ces injonctions peuvent être exécutées au moyen du pouvoir judiciaire en matière d'outrage — Les ordonnances de type *Norwich* et les injonctions *Mareva* sont imposées aux parties qui ne sont pas directement impliquées dans les actes répréhensibles, mais qui sont en position de favoriser le préjudice — C'est ce raisonnement qu'a appliqué la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles lorsqu'elle a rendu une ordonnance de blocage de sites à l'égard de FAI — La question en litige dans la présente requête ne se limite pas à celle du blocage de sites — La réparation par voie d'injonction demandée ne peut être simplement séparée du caractère essentiel de l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur — La *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, et l'existence d'un débat sur le rôle des mécanismes de blocage de sites dans le régime canadien de réglementation des télécommunications ne permettent pas à la Cour de s'abstenir d'exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce — Les demanderesse doivent satisfaire au critère établi dans les arrêts *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, selon lequel l'injonction interlocutoire sera délivrée s'il y a une question sérieuse à trancher; un préjudice irréparable sera causé si l'injonction n'est pas accordée; la prépondérance des inconvénients joue en faveur du demandeur — Le recours à la jurisprudence britannique est approprié — L'arrêt *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII) (*Cartier*) a adopté plusieurs principes ou facteurs pertinents afin de déterminer la proportionnalité d'une ordonnance de blocage de site, notamment la nécessité, l'efficacité et l'effet dissuasif — Le facteur de la nécessité est étroitement lié au volet du préjudice irréparable du critère — Les facteurs restants seront utiles pour évaluer la prépondérance des inconvénients et déterminer ce qui est juste et équitable en examinant les intérêts légitimes, mais opposés, dans les présentes — En ce qui concerne la question sérieuse, il existe une preuve *prima facie* solide de violation des droits d'auteur par les défenderesse — Les demanderesse ont démontré qu'elles subiraient un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée — En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, l'ordonnance demandée est susceptible de réduire l'accès général aux services en infraction et est un moyen efficace de protéger les droits des demanderesse et de limiter le préjudice subi par celles-ci — Ayant examiné les facteurs *Cartier* et reconnu les intérêts concurrents légitimes découlant de la mesure de redressement demandée, la Cour a conclu que la prépondérance des inconvénients milite en faveur des demanderesse — Les modalités de l'ordonnance ont été modifiées — Requête accueillie.

BELL MÉDIA INC. C. GOLDTV.BIZ (T-1169-19, 2019 CF 1432, juge Gleeson, motifs du jugement en date du 15 novembre 2019, 45 p.)

ENVIRONNEMENT

Appel d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2017 CF 1100), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une déclaration communiquant les décisions de la ministre de l'Environnement (la ministre) intimée et du gouverneur en conseil en application de l'art. 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19 (LCEE 2012), qui ont conclu que le projet de mine d'or et de cuivre New Prosperity (le projet) de l'appelante était susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants et que ces effets n'étaient pas justifiables — Le rapport final de la commission (le rapport final) est à l'origine de ces décisions — L'affaire soulève la question difficile de l'interaction entre l'obligation constitutionnelle de consulter et les principes de common law en matière d'équité procédurale et de justice naturelle — La Couronne a nommé une « coordonnatrice des consultations » chargée de la liaison entre la Couronne et le gouvernement national Tsilhqot'in (le GNT) concernant le projet ainsi que de la rédaction d'un rapport de consultation de la Couronne — Les réunions concernant le GNT sont au cœur de l'appel — Lors de la première réunion, le GNT a cherché à exprimer ses préoccupations quant au fait que l'appelante présentait faussement le point de vue du GNT dans ses déclarations publiques et qu'il souhaitait faire une mise au point — La deuxième réunion s'est faite entre le GNT et des sous-ministres, qui avaient été informés qu'ils ne devaient pas discuter des questions dont était saisie actuellement la commission — La C.F. a constaté que l'appelante a appris la tenue de ces réunions peu

ENVIRONNEMENT —Fin

de temps plus tard, mais qu'elle ne s'y était pas opposée à l'époque — Elle a établi que l'appelante avait écrit directement à la ministre, publié un article d'opinion et publié un communiqué de presse dans lequel elle attaquait les opposants au projet et présentait des arguments expliquant en quoi les conclusions du rapport final étaient erronées et pourquoi le projet devait être approuvé — L'appelante a demandé à la ministre à être informée de toute observation défavorable communiquée lors des consultations avec les groupes autochtones ayant lieu hors du cadre du processus devant la commission — Au cours de la phase IV des consultations, le GNT a présenté à l'Agence Canadienne d'évaluation environnementale (l'Agence) ses observations sur le rapport final — Ces observations n'ont pas été remises à l'appelante — L'Agence a par la suite envoyé une note de service à la ministre, lui demandant de prendre une décision en application de l'art. 52 de la LCEE 2012 — La ministre a reçu un rapport de consultation de la Couronne, ainsi qu'en pièce jointe les observations du GNT énonçant les raisons pour lesquelles le projet ne devait pas passer à l'étape de la décision du gouverneur en conseil — Ce rapport de consultation n'a pas été communiqué à l'appelante — La ministre a publié sa déclaration — Dans la demande de contrôle judiciaire à l'origine de l'appel, l'appelante a fait valoir que les décisions de la ministre et du gouverneur en conseil devraient être annulées pour manquement à l'équité procédurale et erreur de compétence, et elle a demandé que la C.F. déclare l'al. 5(1)c) et l'art. 6 de la LCEE 2012 inconstitutionnels — La C.F. a conclu notamment que la ministre ne devait à l'appelante qu'un degré « minimal » d'équité procédurale — Elle a rejeté l'allégation de l'appelante selon laquelle elle aurait dû être informée de toutes les observations reçues par la ministre en opposition au projet — Elle a rejeté les allégations de manquement à l'équité procédurale relativement à la décision du gouverneur en conseil au motif que ce dernier n'avait aucune obligation d'équité procédurale — Elle n'a pas examiné les questions constitutionnelles — Il s'agissait de savoir si les décisions de la ministre et du gouverneur en conseil devaient être annulées pour manquement à l'équité procédurale et pour erreur de compétence; si l'al. 5(1)c) et l'art. 6 de la LCEE 2012 étaient inapplicables au projet en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences — La C.F. n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il avait été satisfait à l'obligation d'équité minimale en l'espèce — La réponse à la question de savoir s'il a été satisfait à l'obligation d'équité procédurale dans n'importe quelle situation donnée dépend toujours du contexte — Le principe de base est que la personne concernée doit se voir accorder les moyens de présenter entièrement et équitablement sa position et de voir la décision prise à l'issue d'un processus équitable, impartial et ouvert, compte tenu du contexte légal, institutionnel et social de cette décision — Les obligations en matière de consultation des groupes autochtones et de mesures d'accommodement envers eux font partie intégrante du contexte social — L'importance de la décision de la ministre et la nature contradictoire du processus ne demandaient pas plus qu'un degré « minimal » d'équité procédurale — La tâche de la ministre en l'espèce consistait essentiellement à formuler une opinion en fonction du rapport final — Nous sommes loin d'une situation où la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemble à une prise de décision judiciaire — Les autres facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 étayaient la conclusion voulant qu'un degré moins élevé d'équité procédurale ait été dû à l'appelante à cette étape du processus — Aucune violation du droit de l'appelante à l'équité procédurale n'a été démontrée — L'arrêt *Kane c. Conseil d'administration (University of British Columbia)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1980 CanLII 10, ne peut pas être utilisé pour étayer l'idée qu'une simple crainte de manquement à l'équité procédurale suffit à justifier une intervention — La C.F. a adopté la bonne approche lorsqu'elle a déclaré que « la partie doit démontrer l'existence d'un préjudice éventuel découlant d'une telle réunion ou documentation afin que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'une infraction au principe d'*audi alteram partem* » — L'appelante n'a pas réussi à démontrer que la ministre avait été saisie de renseignements importants et pertinents dont elle n'avait pas connaissance — Le GNT n'a rien dit de nouveau ou de différent pendant les réunions par rapport à la position qu'il avait adoptée publiquement et devant la commission — L'appelante connaissait la preuve qu'elle devait réfuter et avait eu la possibilité d'y répondre — La C.F. a eu raison de conclure qu'aucune obligation d'équité procédurale n'était rattachée au processus de décision du gouverneur en conseil — La LCEE 2012 ne prévoit pas de droit de présenter directement des observations au gouverneur en conseil — Il serait contraire au libellé et à l'économie de la loi, ainsi qu'à la nature même du processus de décision du gouverneur en conseil, d'imposer un tel droit — Les décisions de la ministre et du gouverneur en conseil ne doivent pas être annulées pour erreur de compétence — La Cour n'est pas intervenue dans la présente affaire en ce qui concerne les questions constitutionnelles — L'exclusivité des compétences n'est pas la méthode à préconiser pour régler des différends constitutionnels et elle ne semble pas compatible avec le fédéralisme — Appel rejeté.

TASEKO MINES LIMITED C. CANADA (ENVIRONNEMENT) (A-6-18, 2019 CAF 320, juge de Montigny, J.C.A., motifs du jugement en date du 18 décembre 2019, 45 p.)

Contrôle judiciaire à l'égard de décisions rendues par le ministre de l'Environnement et du Changement climatique (ECCC) en vertu de l'art. 18 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, c. 33 (la Loi), refusant d'ouvrir des enquêtes relativement à des allégations formulées par les demandeurs concernant l'importation et la vente au Canada de certains véhicules à moteur diesel — Les allégations mettaient en cause certains modèles de véhicules Volkswagen, Audi et

Porsche équipés de dispositifs de mise en échec prohibés conçus pour produire des résultats frauduleux lorsque les véhicules sont soumis à des essais de contrôle des émissions — Des groupes environnementalistes étaient mécontents en raison du temps qu'a pris ECCC pour mener son enquête et du manque d'information concernant son déroulement — C'est pourquoi les demandeurs ont intenté des recours individuels sur le fondement de la Loi — Le ministre a répondu notamment que les allégations faites dans la demande faisaient l'objet d'une enquête par ECCC — Il a accepté de faire enquête sur une allégation — Les demandeurs ont soutenu notamment que le ministre doit faire enquête en vertu de l'art. 18 lorsqu'une demande en ce sens lui est présentée en vertu de l'art. 17 de la Loi — Ils soulignent notamment l'emploi de l'indicatif présent à l'art. 18; l'obligation du ministre d'informer en vertu de l'art. 19; l'avis juridique du personnel d'ECCC confirmant l'obligation du ministre de faire enquête — Il s'agissait de savoir si le ministre a raisonnablement interprété son pouvoir de faire enquête comme étant discrétionnaire; si la décision de refuser de faire enquête était raisonnable — La décision du ministre de ne pas ouvrir de nouvelles enquêtes relativement à des points couverts par une enquête en cours fait partie des issues possibles pouvant se justifier et ne peut être infirmée — Rien ne prouve que le ministre s'est appuyé sur cet avis juridique pour prendre sa décision — Une interprétation allant à l'encontre d'un avis juridique n'est pas forcément déraisonnable — L'interprétation législative ne saurait être uniquement tributaire du libellé de la loi, à savoir l'emploi du présent de l'indicatif dans la présente affaire — Lorsqu'il s'agit d'interpréter le libellé d'une loi, il faut présumer que le législateur n'a pas voulu que celle-ci entraîne des conséquences absurdes — L'interprétation du défendeur insiste sur l'importance de la phrase « fait enquête sur tous les points qu[e] [le ministre] juge indispensables » à l'art. 18, qui confère expressément au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider si un point nécessite véritablement une enquête — Au regard de cette interprétation, le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant qu'aucun point ne nécessitait d'enquête en l'espèce, étant donné qu'ECCC faisait déjà enquête sur ces allégations — Même si l'interprétation que donne le ministre à l'art. 18 n'est pas la seule interprétation possible, elle est néanmoins raisonnable — L'acceptation partielle des demandes indique que le ministre a examiné les demandes d'enquête ainsi que chacune des infractions reprochées — L'ouverture d'enquêtes duplicatives parallèlement aux enquêtes en cours est contraire à l'objet de l'art. 17 — En outre, l'argument des demandeurs concernant la suffisance du dossier certifié du tribunal ou l'actualité de l'enquête est dépourvu de fondement, puisqu'ils ne faisaient pas partie des motifs de contrôle invoqués par les demandeurs dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire — Demande rejetée.

GRAY C. CANADA (PROVOCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1252-17, 2019 CF 1553, juge Zinn, motifs du jugement en date du 4 décembre 2019, 17 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3