

**Ktunaxa Nation Council and
Kathryn Teneese, on their own behalf and
on behalf of all citizens of the Ktunaxa
Nation** *Appellants*

v.

**Minister of Forests, Lands and Natural
Resource Operations and Glacier Resorts
Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Saskatchewan,
Canadian Muslim Lawyers Association,
South Asian Legal Clinic of Ontario,
Kootenay Presbytery (United Church
of Canada), Evangelical Fellowship
of Canada, Christian Legal Fellowship,
Alberta Muslim Public Affairs Council,
Amnesty International Canada,
Te'mexw Treaty Association,
Central Coast Indigenous Resource Alliance,
Shibogama First Nations Council,
Canadian Chamber of Commerce,
British Columbia Civil Liberties Association,
Council of the Passamaquoddy Nation
at Schoodic, Katzie First Nation,
West Moberly First Nations and Prophet
River First Nation** *Interveners*

**INDEXED AS: KTUNAXA NATION v. BRITISH
COLUMBIA (FORESTS, LANDS AND NATURAL
RESOURCE OPERATIONS)**

2017 SCC 54

File No.: 36664.

2016: December 1; 2017: November 2.

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

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

**Ktunaxa Nation Council et
Kathryn Teneese, en leur propre nom
et au nom de tous les citoyens de la Ktunaxa
Nation** *Appelants*

c.

**Minister of Forests, Lands and Natural
Resource Operations et Glacier Resorts
Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Saskatchewan,
Association canadienne des avocats musulmans,
South Asian Legal Clinic of Ontario,
Kootenay Presbytery (United Church
of Canada), Alliance évangélique du Canada,
Alliance des chrétiens en droit,
Alberta Muslim Public Affairs Council,
Amnistie internationale (Canada),
Te'mexw Treaty Association, Central Coast
Indigenous Resource Alliance,
Shibogama First Nations Council,
Chambre de commerce du Canada,
British Columbia Civil Liberties Association,
Council of the Passamaquoddy Nation
at Schoodic, Katzie First Nation,
West Moberly First Nations et Prophet River
First Nation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : KTUNAXA NATION c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE (FORESTS, LANDS AND NATURAL
RESOURCE OPERATIONS)**

2017 CSC 54

N° du greffe : 36664.

2016 : 1^{er} décembre; 2017 : 2 novembre.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister’s decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether Minister’s decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.

The Ktunaxa are a First Nation whose traditional territories include an area in British Columbia that they call Qat’muk. Qat’muk is a place of spiritual significance for them because it is home to Grizzly Bear Spirit, a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology. Glacier Resorts sought government approval to build a year-round ski resort in Qat’muk. The Ktunaxa were consulted and raised concerns about the impact of the project, and as a result, the resort plan was changed to add new protections for Ktunaxa interests. The Ktunaxa remained unsatisfied, but committed themselves to further consultation. Late in the process, the Ktunaxa adopted the position that accommodation was impossible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat’muk and therefore irrevocably impair their religious beliefs and practices. After efforts to continue consultation failed, the respondent Minister declared that reasonable consultation had occurred and approved the project. The Ktunaxa brought a petition for judicial review of the approval decision on the grounds that the project would violate their constitutional right to freedom of religion, and that the Minister’s decision breached the Crown’s duty of consultation and accommodation. The chambers judge dismissed the petition, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d’une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l’aménagement d’une station de ski malgré la prétention d’une première nation selon laquelle l’aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l’art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l’aménagement d’une station de ski malgré la prétention d’une première nation selon laquelle l’aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s’est acquittée de son obligation de consulter et d’accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Les Ktunaxa forment une première nation dont le territoire traditionnel comprend un secteur de la Colombie-Britannique qu’ils appellent le Qat’muk. Le Qat’muk est un lieu d’importance spirituelle pour eux car il abrite l’Esprit de l’Ours Grizzly, un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa. Glacier Resorts a demandé au gouvernement l’autorisation de construire une station de ski ouverte à longueur d’année dans le Qat’muk. Les Ktunaxa ont été consultés et ils ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. À la suite de ces consultations, le projet a été modifié par l’ajout de nouvelles protections à l’égard des intérêts des Ktunaxa. Les Ktunaxa sont demeurés insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations. Vers la fin du processus, les Ktunaxa ont estimé qu’il était impossible d’arriver à un compromis parce que le projet chasserait l’Esprit de l’Ours Grizzly du Qat’muk et porterait par le fait même irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après qu’on eut essayé en vain de poursuivre les consultations, le Ministre intimé a déclaré qu’il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet. Les Ktunaxa ont présenté une requête en contrôle judiciaire de l’approbation au motif que le projet violerait leur droit constitutionnel à la liberté de religion et que la décision du Ministre manquait à l’obligation de consultation et d’accommodement qui incombe à la Couronne. Le juge en chambre a rejeté la requête et la Cour d’appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The Minister's decision does not violate the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right to freedom of religion. In this case, the Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(a) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. In this case, the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place.

The second part of the test, however, is not met. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. Yet the Ktunaxa are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect the presence of Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. This is a novel claim that would extend s. 2(a) beyond its scope and would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. The state's duty under s. 2(a) is not to protect the object of beliefs or the spiritual focal point of worship, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination.

In addition, the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was reasonable. The Minister's decision is entitled to deference. A court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* raised in isolation on a standard of correctness, and therefore does not decide the issue for itself. Rather, it must ask whether the decision maker's finding on the issue was reasonable.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La décision du Ministre ne viole pas le droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte*. En l'espèce, la revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Dans la présente affaire, les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit.

Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Pourtant, les Ktunaxa ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette allévation inédite étendrait l'al. 2a) au-delà de ses limites et exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2a) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances ou le point de mire spirituel du culte, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la diffusion.

En outre, il était raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette décision. La cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo* soulevée de façon isolée selon la norme de la décision correcte. Elle ne tranche donc pas la question de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur sur cette question était raisonnable.

The constitutional guarantee of s. 35 is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

In this case, the Ktunaxa's petition asked the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence, and submissions. Nor can administrative decision makers themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights without specifically delegated authority. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. In the interim, while claims are resolved, consultation and accommodation are the best available legal tools for achieving reconciliation.

The record here supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that

La garantie constitutionnelle de l'art. 35 ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

En l'espèce, les Ktunaxa demandent aux tribunaux dans leur requête, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas non plus se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Dans l'intervalle, alors que les revendications sont en voie de règlement, la consultation et l'accommodement sont les meilleurs outils juridiques dont on dispose pour parvenir à une réconciliation.

Le dossier de l'espèce étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes

there was no point in further consultation. The process protected by s. 35 was at an end.

The record does not suggest, conversely, that the Minister mischaracterized the right as a claim to preclude development, instead of a claim to a spiritual right. The Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the process and continued to be discussed throughout. Nor did the Minister misunderstand the Ktunaxa's secrecy imperative, which had contributed to the late disclosure of the true nature of the claim: an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. The Minister understood and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with outsiders. Nothing in the record suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred. In addition, the Minister did not treat the broader spiritual right as weak. The Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the new, absolute claim that no accommodation was possible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The record also does not demonstrate that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual interests of the Ktunaxa.

Ultimately, the consultation was not inadequate. The Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge and the Court of Appeal. Moreover, the record does not establish that no accommodation was made with respect to the spiritual right. While the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project — the Crown met its obligation to consult and accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. Section 35 does not give unsatisfied claimants a veto. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without consent.

chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

À l'inverse, le dossier n'indique pas que le Ministre a mal décrit le droit comme une revendication visant à empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel. Le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk, alors que l'aménagement chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa. Les pratiques et intérêts spirituels ont été évoqués au début du processus et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus. Le Ministre n'a pas non plus mal compris l'impératif du secret des Ktunaxa qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication : une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Le Ministre a compris et accepté le fait que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à des gens de l'extérieur. Rien dans le dossier ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate. De plus, le Ministre n'a pas qualifié de faible le droit spirituel général. Le Ministre a jugé solide la revendication globale de nature spirituelle, mais il avait des doutes quant à la solidité de la nouvelle prétention absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. En outre, le dossier ne démontre pas que le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les intérêts spirituels des Ktunaxa.

En dernière analyse, la consultation n'était pas insuffisante. Le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre et par la Cour d'appel. Qui plus est, le dossier n'établit pas qu'on n'a pas tenu compte du droit spirituel. Bien que le Ministre n'ait pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski, la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. L'article 35 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 demandé. L'article 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans consentement.

Per Moldaver and Côté JJ.: The Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was met; however, the Minister's decision to approve the ski resort infringed the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right to religious freedom.

The first part of the s. 2(a) test is not at issue in this case. The second part focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. Where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(a).

This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. To ensure that all religions are afforded the same level of protection, courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices. In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices; land itself can be sacred. As such, state action that impacts land can sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with the ability to act in accordance with religious beliefs and practices.

In this case, the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk, a body of sacred land in their religion, and that the Minister's decision to approve the ski resort would sever their connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. Their religious beliefs in Grizzly Bear Spirit would become entirely devoid of religious significance, and accordingly, their prayers, ceremonies, and rituals associated with Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. Moreover, without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, the Ktunaxa would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations. Therefore, the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's

Les juges Moldaver et Côté : Le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accueillir les Ktunaxa prévue à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; en revanche, la décision du Ministre d'approuver la station de ski a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte*.

Le premier volet du critère relatif à l'al. 2a) n'est pas en litige dans la présente affaire. Le second volet s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances religieuses, ce qui constitue une contravention à l'al. 2a).

Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Pour veiller à ce que l'al. 2a) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion. Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles; la terre peut elle-même être sacrée. Une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité de se conformer à des croyances et pratiques religieuses.

En l'espèce, les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk, un lieu sacré dans leur religion, et que la décision du Ministre d'approuver la station de ski romprait leur lien avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly. Les Ktunaxa seraient ainsi privés des conseils et de l'assistance spirituels de cet esprit. Leurs croyances religieuses en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient toute signification religieuse et, par conséquent, leurs prières, cérémonies et rites associés à cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. En outre, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, les Ktunaxa ne seraient pas en mesure de transmettre leurs croyances et pratiques aux générations futures. La décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit donc d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la

ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial.

The Minister's decision is reasonable, however, because it reflects a proportionate balancing between the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right and the Minister's statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. A proportionate balancing is one that gives effect as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. When the Minister balances the *Charter* protections with these objectives, he must ensure that the *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives.

In this case, the Minister did not refer to s. 2(a) explicitly in his reasons for decision; however, it is clear from his reasons that he was alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(a) right. He recognized that the development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk.

In addition, it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(a) right with his statutory objectives. The Minister tried to limit the impact of the development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(a) right as much as reasonably possible given these objectives. He provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. Ultimately, however, the Minister had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to veto the development on the basis of their freedom of religion. Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give them a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on public land. This right of exclusion would not be a minimal or negligible restraint on public ownership. It can be implied from the Minister's reasons that permitting the Ktunaxa to dictate the use of a large tract of land according to their religious belief was not consistent with his statutory mandate. Rather, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate. In view of the options open to the Minister, his decision was reasonable, and amounted to a proportionate balancing.

capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses.

La décision du Ministre est toutefois raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée du droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte* et des objectifs confiés par la loi au Ministre : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier. Quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs en question, il doit s'assurer que ces protections sont restreintes aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État.

En l'espèce, le Ministre n'a pas mentionné explicitement l'al. 2a) dans ses motifs de décision; il ressort toutefois de ses motifs qu'il a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a). Il a reconnu que l'aménagement mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk.

De plus, il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) et les objectifs que lui confie la loi. Le Ministre a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) compte tenu de ces objectifs. Il a consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. En dernière analyse, toutefois, le Ministre avait deux choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriété d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur des terres publiques. Ce droit d'interdiction ne serait pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. On peut déduire des motifs du Ministre que permettre aux Ktunaxa de dicter l'usage d'une grande étendue de terrain selon leur croyance religieuse n'était pas compatible avec son mandat légal. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal. Vu les choix qui s'offraient au Ministre, sa décision était raisonnable et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Rowe J.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, rev'd *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

By Moldaver J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Mouvement laïque québécois v.*

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Rowe

Arrêts appliqués : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, inf. par *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.N.R.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235;

Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, ss. 4, 11(1).
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, s. 5(b).

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, art. 12(1), (3).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], art. 9(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 18(1).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

Authors Cited

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
 Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*. Vancouver: UBC Press, 2005.
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Bennett and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), dismissing an application

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, art. 4, 11(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, art. 5(b).

Traité et autres documents internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 12(1), (3).
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 18(1).

Doctrine et autres documents cités

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.
 Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*, Vancouver, UBC Press, 2005.
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Bennett et Goepel), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), qui a rejeté

for judicial review of a decision of the Minister to approve a ski resort. Appeal dismissed.

Peter Grant, Jeff Huberman, Karena Williams and Diane Soroka, for the appellants.

Jonathan G. Penner and Erin Christie, for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, Q.C., and *Pamela E. Sheppard*, for the respondent Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, Q.C., and *Sharlene Telles-Langdon*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

Justin Safayeni and Khalid Elgazzar, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos and Derek Ross, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg and Randy Christensen, for the intervener Amnesty International Canada.

Robert J. M. Janes, Q.C., and *Claire Truesdale*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Lisa C. Fong*, for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk and Krista Nerland, for the intervener the Shibogama First Nations Council.

une demande de contrôle judiciaire de la décision du Ministre d'approuver une station de ski. Pourvoi rejeté.

Peter Grant, Jeff Huberman, Karena Williams et Diane Soroka, pour les appelants.

Jonathan G. Penner et Erin Christie, pour l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, c.r., et *Pamela E. Sheppard*, pour l'intimée Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, c.r., et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Justin Safayeni et Khalid Elgazzar, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos et Derek Ross, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg et Randy Christensen, pour l'intervenante Amnistie internationale (Canada).

Robert J. M. Janes, c.r., et *Claire Truesdale*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Lisa C. Fong*, pour l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk et Krista Nerland, pour l'intervenant Shibogama First Nations Council.

Neil Finkelstein, Brandon Kain and Bryn Gray, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Jessica Orkin and Adriel Weaver, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Written submissions only by *John Burns* and *Amy Jo Scherman*, for the intervener the Katzie First Nation.

Written submissions only by *John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ROWE J. —

I. Introduction

[1] The issue in this case is whether the British Columbia Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations (“Minister”) erred in approving a ski resort development, despite claims by the Ktunaxa that the development would breach their constitutional right to freedom of religion and to protection of Aboriginal interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] The appellants represent the Ktunaxa people. The Ktunaxa’s traditional territories are said to consist of land that straddles the international boundary between Canada and the United States, comprised of northeastern Washington, northern Idaho, northwestern Montana, southwestern Alberta and southeastern British Columbia.

Neil Finkelstein, Brandon Kain et Bryn Gray, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Jessica Orkin et Adriel Weaver, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, pour l’intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Argumentation écrite seulement par *John Burns* et *Amy Jo Scherman*, pour l’intervenante Katzie First Nation.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s’agit de décider si l’intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), a commis une erreur en approuvant l’aménagement d’une station de ski malgré les revendications des Ktunaxa, qui soutenaient que l’aménagement porterait atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté de religion et à leurs droits ancestraux dont l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* commande la protection.

[2] Les appelants représentent le peuple des Ktunaxa dont le territoire traditionnel regrouperait des terres qui s’étendent de part et d’autre de la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis et englobent le nord-est de l’État de Washington, le nord de l’Idaho, le nord-ouest du Montana, le sud-ouest de l’Alberta et le sud-est de la Colombie-Britannique.

[3] This case concerns a proposed development in an area the Ktunaxa call Qat'muk. This area is located in a Canadian valley in the northwestern part of the larger Ktunaxa territory, the Jumbo Valley, about 55 kilometres west of the town of Invermere, B.C.

[4] The respondent Glacier Resorts Ltd. ("Glacier Resorts") wishes to build a year-round ski resort in Qat'muk with lifts to glacier runs and overnight accommodation for guests and staff. For more than two decades, Glacier Resorts has been negotiating with the B.C. government and stakeholders, including the Aboriginal peoples who inhabit the valley, the Ktunaxa and the Shuswap, on the terms and conditions of the development.

[5] Early on in the process, the Ktunaxa and Shuswap peoples raised concerns about the impact of the resort project. The Ktunaxa asserted that Qat'muk was a place of spiritual significance for them. Notably, it is home to an important population of grizzly bears and to Grizzly Bear Spirit, or Kławła Tukłutakʔis, "a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology": A.F., at para. 18.

[6] Consultation ensued, leading to significant changes to the original proposal. The Shuswap declared themselves satisfied with the changes and indicated their support for the proposal given the benefits it would bring to their people and the region. The Ktunaxa were not satisfied, but committed themselves to further consultation to remove the remaining obstacles and find mutually satisfactory accommodation. Lengthy discussions ensued, and it seemed agreement would be achieved. Then, late in the process, the Ktunaxa adopted an uncompromising position — that accommodation was impossible because a ski resort with lifts to glacier runs and permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and irrevocably impair their religious beliefs and practices. After fruitless efforts to revive the consultation process and reach agreement, the

[3] La présente affaire concerne une proposition d'aménagement dans un secteur que les Ktunaxa appellent le Qat'muk. Ce secteur est situé dans une vallée canadienne, dans la partie nord-ouest du vaste territoire des Ktunaxa, la vallée Jumbo, à environ 55 kilomètres à l'ouest de la ville d'Invermere, en Colombie-Britannique.

[4] L'intimée Glacier Resorts Ltd. (« Glacier Resorts ») souhaite construire dans le Qat'muk une station de ski ouverte à longueur d'année et munie de remonte-pentes par lesquels on pourrait accéder aux pistes de glacier et qui offrirait un hébergement pour la nuit aux visiteurs et au personnel. Glacier Resorts a négocié pendant plus de 20 ans les conditions de l'aménagement avec le gouvernement de la Colombie-Britannique et différents intéressés, notamment les peuples autochtones qui habitent la vallée, les Ktunaxa et les Shuswap.

[5] Au début du processus, les peuples des Ktunaxa et des Shuswap ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. Les Ktunaxa ont affirmé que le Qat'muk était un lieu d'importance spirituelle pour eux. Fait à noter, il abrite une population importante de grizzlys et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ou Kławła Tukłutakʔis, [TRADUCTION] « un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa » : m.a., par. 18.

[6] Des consultations ont débouché sur des modifications importantes à la proposition initiale. Les Shuswap se sont dits satisfaits des changements et ont donné leur appui à la proposition compte tenu des avantages qu'elle présenterait pour leur peuple et la région. Les Ktunaxa se sont quant à eux dits insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations en vue d'éliminer les derniers obstacles et d'arriver à un compromis satisfaisant pour tous. De longs pourparlers s'ensuivirent et les parties semblaient sur le point de parvenir à un accord. Puis, vers la fin du processus, les Ktunaxa ont adopté une position inflexible, estimant désormais qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce qu'une station de ski munie de remonte-pentes vers les pistes de glacier et d'installations permanentes chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du

government declared that reasonable consultation had occurred and approved the project.

[7] The appellants, the Ktunaxa Nation Council and the Chair of the Council, Kathryn Teneese, brought proceedings in judicial review before the British Columbia Supreme Court to overturn the approval by the Minister of the ski resort on two independent grounds: first, that the project would violate the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and second, that the government breached the duty of consultation and accommodation imposed on the Crown by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The chambers judge dismissed the petition for judicial review, and the Court of Appeal affirmed his decision. The Ktunaxa now appeal to this Court.

[8] We would dismiss the appeal. We conclude that the claim does not engage the right to freedom of conscience and religion under s. 2(a) of the *Charter*. Section 2(a) protects the freedom of individuals and groups to hold and manifest religious beliefs: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336. The Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(a) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

[9] We also conclude that the Minister, while bound by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to consult with the Ktunaxa in an effort to find a way to accommodate their concerns, did not act unreasonably in concluding that the requirements of s. 35 had been met and approving the project.

[10] We arrive at these conclusions cognizant of the importance of protecting Indigenous religious beliefs and practices, and the place of such

Qat'muk et porterait irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après avoir tenté sans succès de relancer le processus de consultation et de parvenir à un accord, le gouvernement a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet.

[7] Les appelants, Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, la présidente de ce conseil, ont intenté une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire annuler l'approbation, par le Ministre, du projet de station de ski. Ils invoquaient deux moyens indépendants : premièrement, le projet porterait atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; deuxièmement, le gouvernement a manqué à l'obligation de consultation et d'accommodement qu'impose à la Couronne l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge en chambre a rejeté la requête en contrôle judiciaire, et la Cour d'appel a confirmé sa décision. Les Ktunaxa se pourvoient maintenant devant notre Cour.

[8] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Nous concluons que la revendication ne fait pas intervenir le droit à la liberté de conscience et de religion garanti à l'al. 2a) de la *Charte*. L'alinéa 2a) protège la liberté des individus et des groupes d'avoir et de manifester des croyances religieuses : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336. La revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

[9] Nous jugeons aussi que le Ministre, quoique tenu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de consulter les Ktunaxa pour essayer de répondre à leurs préoccupations, n'a pas agi déraisonnablement en concluant que les exigences de l'art. 35 avaient été respectées et en approuvant le projet.

[10] Nous arrivons à ces conclusions en étant conscients de l'importance de protéger les croyances et pratiques religieuses des Autochtones et du rôle

protection in achieving reconciliation between Indigenous peoples and non-Indigenous communities.

II. Facts

[11] The Jumbo Valley and Qat'muk are located in the traditional territory of the Ktunaxa. The Ktunaxa believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk. It is undisputed that Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices.

[12] The Jumbo Valley has long been used for heli-skiing, which involves flying skiers to the top of runs by helicopter, whence they ski to the valley floor. In the 1980s, Glacier Resorts became interested in building a permanent ski resort on a site near the north end of the valley and sought government approval of the project.

[13] The regulatory process for approval of the ski resort was a protracted matter, involving a number of cascading processes: (1) the Commercial Alpine Ski Policy ("CASP") process to determine sole proponent status; (2) the Commission on Resources and the Environment ("CORE") process to determine best uses of the land; (3) an environmental assessment process to resolve issues related to environmental, wildlife and cultural impact and culminating in an Environmental Assessment Certificate ("EAC"); and (4) submission of a Master Plan which, if approved, would lead to a Master Development Agreement ("MDA") between the developer and the government. These processes involved public consultation, and the Ktunaxa participated at every stage. In the course of the various reviews, many changes were made to the original plan. The entire process, until the Minister determined consultation was adequate, took place from 1991 to 2011 — over 20 years.

[14] Until 2005, the Ktunaxa participated in the regulatory processes jointly with the Shuswap as part

que joue une telle protection dans l'atteinte d'une réconciliation entre les peuples autochtones et les communautés non autochtones.

II. Faits

[11] La vallée Jumbo et le Qat'muk se situent dans le territoire traditionnel des Ktunaxa. Ces derniers croient que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk. Personne ne conteste que cet esprit est au cœur des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa.

[12] La vallée Jumbo a longtemps été utilisée pour l'hélicski, pratique qui consiste à amener par hélicoptère des skieurs au sommet de pistes, d'où ils descendent jusqu'au fond de la vallée. Dans les années 1980, Glacier Resorts s'est mise à caresser un projet de construction d'une station de ski permanente près de l'extrémité nord de la vallée, pour lequel elle a sollicité l'approbation du gouvernement.

[13] Le processus d'approbation réglementaire de la station de ski s'est révélé une entreprise de longue haleine en raison de ses étapes consécutives : (1) l'étape relative à la politique sur les centres de ski alpin à vocation commerciale (« PCSAVC »), qui vise à déterminer la qualité de seul promoteur; (2) l'étape relative à la Commission sur les ressources et l'environnement (« CORE »), qui vise à déterminer les meilleures utilisations du terrain; (3) l'étape relative à l'évaluation environnementale, qui cherche à résoudre les questions liées aux répercussions sur l'environnement, la faune et la culture, et se termine par la délivrance d'un certificat d'évaluation environnementale (« CÉE »); (4) la présentation d'un plan directeur qui, s'il est approuvé, mènerait à un accord-cadre d'aménagement (« ACA ») entre le promoteur et le gouvernement. Le processus global comportait une consultation publique à laquelle les Ktunaxa ont participé à chacune des étapes. Au cours des divers examens, de nombreux changements ont été apportés au plan initial. L'ensemble du processus, au terme duquel le Ministre a jugé la consultation adéquate, a duré de 1991 à 2011, soit plus de 20 ans.

[14] Jusqu'en 2005, les Ktunaxa ont participé aux étapes réglementaires conjointement avec les

of the Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (“KKTC”). However, in 2005, the Shuswap parted company with the Ktunaxa over the proposed ski resort and left the KKTC. The Shuswap support the project, believing their interests have been reasonably accommodated and that the project will be good for their community. The Ktunaxa, by contrast, say their interests cannot be accommodated and demand the project’s rejection.

[15] Adequacy of consultation is a central issue in this appeal. It is therefore necessary to set out in some detail what occurred at each step of the regulatory process.

A. *Stage One: The CASP Process*

[16] In 1991, Glacier Resorts filed a formal proposal to build a year-round ski resort in the upper Jumbo Valley. The government conducted public hearings on the project under the CASP, the first phase in the regulatory approval process. The predecessor of the appellants, the KKTC, participated in public hearings in the fall of 1991. After a call for proposals, Glacier Resorts was granted sole proponent status and moved up to the next step on the regulatory ladder.

B. *Stage Two: The Land Use or CORE Process*

[17] In 1993 and 1994, the second phase of the regulatory process began. The government conducted a site utilization review under the CORE process, with the goal of producing a new land use plan for the region focusing specifically on construction of the ski resort. The CORE process involved public hearings, which the KKTC attended as an observer. In 1994, the CORE process concluded with a report that assigned very high recreational and tourism values to the area of the proposed ski resort and recommended that the approval process for the resort include a statutory environmental assessment.

Shuswap par l’entremise du Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (« KKTC »). Toutefois, en 2005, les Shuswap se sont dissociés des Ktunaxa au sujet de la station de ski proposée et ont quitté le KKTC. Les Shuswap soutiennent le projet, estimant qu’on a raisonnablement tenu compte de leurs intérêts et que le projet sera bénéfique pour leur communauté, alors que les Ktunaxa disent que leurs intérêts ne peuvent être pris en compte et exigent le rejet du projet.

[15] La question du caractère adéquat de la consultation est au centre du présent pourvoi. Il est par conséquent nécessaire de relater de manière assez détaillée ce qui s’est produit à chaque étape du processus réglementaire.

A. *Première étape : PCSAVC*

[16] En 1991, Glacier Resorts a déposé une proposition officielle pour la construction d’une station de ski ouverte à l’année dans la partie supérieure de la vallée Jumbo. Le gouvernement a mené des audiences publiques sur le projet conformément à la PCSAVC, première étape du processus d’approbation réglementaire. Le prédécesseur des appelants, le KKTC, a participé aux audiences publiques tenues à l’automne 1991. À la suite d’un appel de propositions, Glacier Resorts s’est vu reconnaître la qualité de seul promoteur et a pu passer à l’étape suivante du processus réglementaire.

B. *Deuxième étape : utilisation du terrain ou CORE*

[17] En 1993 et 1994, la deuxième étape du processus réglementaire s’est amorcée. Le gouvernement a examiné l’utilisation du site conformément au processus de la CORE dans le but de produire un nouveau plan d’utilisation du terrain pour la région prévoyant expressément la construction de la station de ski. Le processus de la CORE comportait des audiences publiques auxquelles le KKTC a assisté comme observateur. En 1994, le processus s’est conclu par le dépôt d’un rapport accordant une très grande valeur au chapitre du loisir et du tourisme à la région choisie pour la station de ski proposée et recommandait que le processus d’approbation comprenne une évaluation environnementale prévue par la loi.

[18] In March 1995, the government released a summary of the CORE East Kootenay Land Use Plan and West Kootenay-Boundary Land Use Plan, identifying a ski resort development as an acceptable land use of the upper Jumbo Creek Valley. In July 1995, the government and Glacier Resorts entered into an interim agreement pursuant to the CASP, and the third step on the regulatory ladder, review under the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35, began.

C. *Stage Three: The Environmental Assessment Process*

[19] The environmental assessment process lasted almost a decade, from 1995 to 2004. The KKTC, representing both the Ktunaxa and the Shuswap peoples, and supported by government funding, was extensively involved in the environmental assessment process for the ski resort. It was invited to participate in the technical review committee and to comment on the project report. It raised the issue of “sacred values” in the valley, which were discussed in the “First Nations Socio-Economic Assessment: Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis”, a 2003 report of consultants retained by the B.C. government’s Environmental Assessment Office (“EAO”).

[20] In parallel, Glacier Resorts submitted the information required to complete the environmental review under the new *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, in a comprehensive “Project Report” in December 2003 that was accepted by the EAO in the following months.

[21] In response to this report, the KKTC submitted a document to the EAO entitled “Jumbo Glacier Resort Project: Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation” stating that the Jumbo Valley area is invested with sacred values, and Glacier Resorts should be required to negotiate an Impact Management and

[18] En mars 1995, le gouvernement a publié un résumé des plans d’utilisation du terrain d’East Kootenay et de West Kootenay-Boundary préparés par la CORE, lequel indique que l’aménagement d’une station de ski constitue une utilisation acceptable du terrain de la partie supérieure de la vallée Jumbo Creek. En juillet 1995, le gouvernement et Glacier Resorts ont conclu une entente intérimaire conformément à la PCSAVC, ce qui a constitué le coup d’envoi de la troisième étape prévue par la réglementation : un examen en application de l’*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.

C. *Troisième étape : processus d’évaluation environnementale*

[19] Le processus d’évaluation environnementale a duré presque une décennie, soit de 1995 à 2004. Le KKTC, qui représentait tant le peuple des Ktunaxa que celui des Shuswap et recevait l’aide financière du gouvernement, a participé activement au processus d’évaluation environnementale de la station de ski. Il a été invité à se joindre au comité d’examen technique et à commenter le rapport sur le projet. Il a ainsi soulevé la question des [TRADUCTION] « valeurs sacrées » associées à la vallée, lesquelles ont été examinées dans un rapport de 2003 qui a pour titre « First Nations Socio-Economic Assessment : Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis », rédigé par des consultants auxquels a fait appel l’Environmental Assessment Office (« Bureau ») de la Colombie-Britannique.

[20] Parallèlement, Glacier Resorts a fourni en décembre 2003, dans son exhaustif [TRADUCTION] « rapport sur le projet », les renseignements nécessaires à l’évaluation environnementale prévue par la nouvelle *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43. Le Bureau a accepté ce rapport dans les mois qui ont suivi.

[21] En réponse à ce rapport, le KKTC a présenté au Bureau un document intitulé « Jumbo Glacier Resort Project : Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation », qui expliquait que des valeurs sacrées étaient associées à la région de la vallée Jumbo et que Glacier Resorts devrait avoir l’obligation de

Benefits Agreement (“IMBA”) to mitigate the potential impact of the ski resort. The KKTC submitted detailed comments, under protest, on the measures proposed by the EAO to address the concerns of the valley’s Indigenous inhabitants.

[22] On October 4, 2004, an EAC was issued, approving the development subject to numerous conditions. Among them was a requirement that Glacier Resorts negotiate with the KKTC and attempt to conclude an IMBA before the next stage of the regulatory process. The KKTC did not seek judicial review of the conditional EAC. At this point, from the government’s perspective, the consultation was proceeding smoothly toward mutually acceptable accommodation.

D. Stage Four: Development of a Resort Master Plan

[23] The regulatory process moved to the fourth stage — the development of a Master Plan and an MDA for the ski resort.

[24] Glacier Resorts submitted a revised draft Master Plan in 2005. The process of reviewing this plan took place from December 2005 to July 2007.

[25] At the outset of the review process, the government offered to enter into additional consultations with the Ktunaxa Nation Council, which was formed following the withdrawal of the Shuswap from the KKTC. In June 2006, a consultant retained by the Ktunaxa and funded by the government prepared a “Gap Analysis” to identify what the Ktunaxa considered to be the outstanding issues for discussion. The Gap Analysis highlighted the need for further information to facilitate discussion on: (1) contemporary land and resource use by the Ktunaxa of the Jumbo Valley; (2) the effectiveness of proposed mitigation measures to reduce disturbance, displacement and mortality impacts to key wildlife populations from road traffic on the access road; and (3) project-induced socio-economic effects to the regional economy, including land use and cost of living that might affect Ktunaxa well-being. One of the

négoier une entente sur la gestion des répercussions et les avantages (« EGRA ») pour atténuer les éventuelles répercussions de la station de ski. Le KKTC a présenté sous toutes réserves des commentaires détaillés au sujet des mesures proposées par le Bureau pour répondre aux préoccupations des habitants autochtones de la vallée.

[22] Le 4 octobre 2004, un CÉE approuvant l’aménagement a été délivré sous réserve de nombreuses conditions, dont celle que Glacier Resorts négocie avec le KKTC et tente de conclure une EGRA avant la prochaine étape du processus réglementaire. Le KKTC n’a pas sollicité le contrôle judiciaire de ce CÉE conditionnel. Le gouvernement avait alors l’impression que la consultation se dirigeait sans heurts vers un compromis acceptable pour tous.

D. Quatrième étape : élaboration d’un plan directeur pour la station de ski

[23] Le projet est passé ainsi à la quatrième étape du processus réglementaire : l’élaboration d’un plan directeur et d’un ACA pour la station de ski.

[24] Glacier Resorts a présenté une ébauche révisée du plan directeur en 2005. La révision de ce plan s’est déroulée de décembre 2005 à juillet 2007.

[25] Au début de la révision, le gouvernement a offert de poursuivre les consultations avec le Ktunaxa Nation Council, qui avait été constitué après que les Shuswap se soient retirés du KKTC. En juin 2006, un consultant retenu par les Ktunaxa mais payé par le gouvernement a préparé une [TRADUCTION] « analyse de l’écart » pour faire ressortir ce que les Ktunaxa considéraient être les questions non réglées devant faire l’objet de discussions. Cette analyse mettait en lumière le besoin d’obtenir des renseignements additionnels pour faciliter les discussions sur les enjeux suivants : (1) l’utilisation actuelle du terrain et des ressources par les Ktunaxa de la vallée Jumbo; (2) l’efficacité des mesures d’atténuation proposées pour réduire les perturbations, les déplacements et la mortalité des principales espèces d’animaux sauvages causés par le trafic sur la route d’accès; (3) les effets socio-économiques du projet sur l’économie

34 issues identified in the Gap Analysis was that the Jumbo Valley is an “area of cultural significance and has sacred values”: chambers judge’s reasons, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at para. 69. In this regard, the analysis stated that the “cultural impacts remain unassessed” (*ibid.*).

[26] The Ktunaxa met with the Minister and they agreed on further consultation built around the Gap Analysis. As part of this process, the cultural significance/sacred values issue was discussed at the “Land Issues” workshop held on October 12 and 13, 2006 in Cranbrook, B.C. Following the workshop, the Ktunaxa consultant circulated a document entitled “Working Outline: Ktunaxa-British Columbia Accommodation”, which identified the cultural and sacred significance of the valley as an issue to be addressed, and suggested a conceptual framework for accommodating the Ktunaxa land use concerns through: (a) a fee simple land transfer to the Ktunaxa; (b) the establishment of a land reserve; and (c) the establishment of a conservancy area in proximity to the ski-run site. The land use issues workshop was followed by workshops in November and December 2006 and January 2007. These addressed grizzly bear, other wildlife, and residual issues.

[27] In November 2006, prospects for agreement on accommodation looked bright. The Minister received a copy of a letter where the Ktunaxa informed Glacier Resorts that they had made “considerable progress in setting up a process for the negotiation of an [IMBA]”: chambers judge’s reasons, at para. 76. Only two issues appeared to stand in the way of final agreement — “funding” and “the outstanding issue of unpaid monies” (*ibid.*). In April 2007, Glacier Resorts wrote the Minister that it believed it had reached an “agreement in principle” with the Ktunaxa (*ibid.*). On July 12, the Minister approved a Master Plan, which outlined the nature,

régionale, notamment en ce qui a trait à l’utilisation du terrain et au coût de la vie, qui pourraient avoir une incidence sur le bien-être des Ktunaxa. L’une des 34 questions soulevées dans l’analyse concernait le fait que la vallée Jumbo est une [TRADUCTION] « région d’importance culturelle et porteuse de valeurs sacrées » : motifs du juge en chambre, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 69. À cet égard, l’analyse mentionnait que les « conséquences culturelles ne sont toujours pas évaluées » (*ibid.*).

[26] Les Ktunaxa ont rencontré le Ministre et accepté de continuer de participer à des consultations additionnelles sur le fondement de l’analyse de l’écart. Dans le cadre du processus, les parties ont discuté de la question de l’importance culturelle et de la valeur sacrée des lieux en cause dans l’atelier [TRADUCTION] « Enjeux fonciers » tenu les 12 et 13 octobre 2006 à Cranbrook, en Colombie-Britannique. Après l’atelier, le consultant des Ktunaxa a fait circuler un document intitulé « Working Outline : Ktunaxa-British Columbia Accommodation », qui indiquait que la question de l’importance culturelle et sacrée de la vallée devait être examinée et proposait, pour répondre aux préoccupations des Ktunaxa quant à l’utilisation du terrain, un cadre conceptuel consistant en a) un transfert de terres en fief simple aux Ktunaxa, b) l’établissement d’une réserve foncière et c) la création d’une aire de conservation à proximité des pistes de ski. L’atelier sur les enjeux fonciers a été suivi d’autres ateliers en novembre et décembre 2006 et en janvier 2007. Il a alors été question des grizzlys, d’autres animaux sauvages et d’enjeux résiduels.

[27] En novembre 2006, les perspectives d’accord sur un accommodement semblaient bonnes. Le Ministre a reçu une copie d’une lettre dans laquelle les Ktunaxa informaient Glacier Resorts qu’ils estimaient avoir réalisé [TRADUCTION] « des progrès considérables dans l’établissement d’une marche à suivre pour la négociation d’une [EGRA] » : motifs du juge en chambre, par. 76. Il ne semblait rester que deux questions à régler pour parvenir à un accord définitif : « le financement » et « la question non réglée des sommes d’argent non versées » (*ibid.*). En avril 2007, Glacier Resorts a écrit au Ministre qu’elle estimait être parvenue à un « accord de principe »

scope and pace of the proposed development, identified land tenure requirements, and incorporated recommendations arising from consultation with Glacier Resorts, the public and First Nations and from the environmental review process.

[28] The Minister advised the Ktunaxa that Master Plan approval did not preclude additional mitigation measures based on ongoing consultation. In the months following the approval, the discussion turned to economic issues. The Minister made an accommodation proposal to the Ktunaxa in December 2007, which included \$650,000 in economic benefits to be taken in cash or Crown land, plus nine non-financial accommodations. In February 2008, the Ktunaxa rejected the proposed accommodation on the basis that (1) the financial component was “grossly insufficient” and (2) it was inappropriate for the Minister to provide identical financial accommodation to the Shuswap, given the Ktunaxa’s “far greater history in the Jumbo area”: chambers judge’s reasons, at para. 82. The rejection letter did not mention the sacred nature of the Jumbo Valley or Grizzly Bear Spirit.

[29] The Minister came back in September 2008 with a second offer of accommodation to the Ktunaxa, in the form of revenue sharing in an Economic and Community Development Agreement. The Ktunaxa rejected this proposal in December. While the negotiations suggested that an agreement could be reached regarding the construction of the ski resort project, the Ktunaxa rejected this proposal on the basis that the Jumbo Valley is a “place unique and sacred” to them: chambers judge’s reasons, at para. 83. Again, there was no special mention of Grizzly Bear Spirit.

[30] Discussions continued. In February 2009, the Ktunaxa gave formal notice to the Minister that they wished to enter into a process to negotiate an

avec les Ktunaxa (*ibid.*). Le 12 juillet, le Ministre a approuvé un plan directeur, qui décrivait la nature, l’étendue et le rythme de réalisation de l’aménagement proposé, énonçait les exigences relatives au mode de tenure et formulait des recommandations découlant du processus d’évaluation environnementale et des consultations menées auprès de Glacier Resorts, du public et des Premières Nations.

[28] Le Ministre a avisé les Ktunaxa que l’approbation du plan directeur n’empêchait pas la prise de mesures d’atténuation additionnelles découlant de la poursuite de la consultation. Dans les mois qui ont suivi l’approbation, la discussion s’est orientée sur des enjeux économiques. Le Ministre a proposé en décembre 2007 aux Ktunaxa un accommodement qui comprenait des avantages économiques de 650 000 dollars en argent ou terres publiques ainsi que neuf mesures d’accommodement non pécuniaires. En février 2008, les Ktunaxa ont rejeté la proposition d’accommodement au motif (1) que le volet financier était [TRADUCTION] « nettement insuffisant » et (2) qu’il était inapproprié de la part du Ministre de fournir les mêmes mesures d’accommodement financières aux Shuswap et aux Ktunaxa étant donné que « les liens historiques [de ces derniers] avec la région Jumbo étaient nettement plus forts » : motifs du juge en chambre, par. 82. La lettre de rejet ne mentionnait ni la nature sacrée de la vallée Jumbo ni l’Esprit de l’Ours Grizzly.

[29] En septembre 2008, le Ministre a fait une seconde offre d’accommodement aux Ktunaxa, à savoir un partage de revenus dans le cadre d’une entente de développement économique et communautaire. Les Ktunaxa l’ont rejetée en décembre. Bien que les négociations donnaient à penser qu’un accord sur le projet de construction de la station de ski pourrait être conclu, les Ktunaxa ont rejeté la proposition au motif que la vallée Jumbo était un [TRADUCTION] « lieu unique et sacré » pour eux : motifs du juge en chambre, par. 83. Encore une fois, ils n’ont pas expressément mentionné l’Esprit de l’Ours Grizzly.

[30] Les discussions se sont donc poursuivies. En février 2009, les Ktunaxa ont formellement avisé le Ministre qu’ils souhaitaient amorcer la négociation

accommodation and benefits agreement. In April, the Minister accepted and offered additional capacity funding for the process. In May, the Ktunaxa provided the Minister with a list of outstanding issues and possible accommodation measures to be discussed, including land transfers, land reserves, a wildlife conservancy, development-free buffer zones beside the access road, access rights in the controlled recreation area, a stewardship framework for economic compensation, revenue sharing, ongoing supervision of environmental commitments, and other measures. The Ktunaxa did not place the sacred nature of the Jumbo Valley on the list of outstanding issues.

[31] On June 3, 2009, the Minister advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were “primarily interest-based rather than legally driven by asserted Aboriginal rights and title claims”: chambers judge’s reasons, at para. 86. Accordingly, he was of the view that approval for the resort could be given. The Minister expressed the intention to continue negotiating a benefits agreement with the Ktunaxa.

[32] At this point, the big issues appeared to have been resolved. In deference to the Ktunaxa claim, the MDA changed the scope of the proposed development and added new protections for Ktunaxa interests. The size of the controlled recreational area was reduced by approximately 60% and the total resort area was reduced to approximately 104 hectares. Protections for Ktunaxa access and activities were put in place, and environmental protections were established.

[33] To accommodate the Ktunaxa’s spiritual concerns, changes had been proposed to provide special protection of grizzly bear habitat:

- The lower Jumbo Creek area was removed from the recreation area because it was perceived as having greater visitation potential from grizzly bears;

d’une entente sur des mesures d’accommodement et des avantages. En avril, le Ministre a accepté leur demande et leur a alloué de nouveaux fonds pour la négociation. Le mois suivant, les Ktunaxa ont remis au Ministre une liste de questions non réglées et de mesures d’accommodement possibles dont ils souhaitaient discuter : transferts de terres, réserves foncières, conservation de la faune, zones tampons non aménagées à côté de la route d’accès, droits d’accès à la zone de loisir contrôlée, cadre de gestion pour l’indemnisation pécuniaire, partage des revenus, supervision continue des engagements environnementaux, etc. Les Ktunaxa n’ont pas inscrit la nature sacrée de la vallée Jumbo dans leur liste des questions non réglées.

[31] Le 3 juin 2009, le Ministre a avisé les Ktunaxa qu’à son avis, il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées avaient [TRADUCTION] « essentiellement trait à des intérêts plutôt qu’à des revendications de droits et de titre ancestraux » : motifs du juge en chambre, par. 86. Par conséquent, il estimait possible de donner l’aval au projet, mais a exprimé l’intention de continuer à négocier avec les Ktunaxa une entente sur les avantages.

[32] À ce stade, les grandes questions semblaient avoir été réglées. Pour respecter la demande des Ktunaxa, l’ACA a modifié l’étendue de l’aménagement proposé et ajouté de nouvelles protections à l’égard des intérêts des Ktunaxa. La taille de la zone de loisir contrôlée a été réduite d’environ 60 p. 100 et l’aire totale de la station de ski, à environ 104 hectares. Par ailleurs, des mesures ont été prévues pour protéger l’accès et les activités des Ktunaxa ainsi que l’environnement.

[33] Pour répondre aux préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa, on a proposé des changements pour que l’habitat du grizzly bénéficie d’une protection spéciale :

- Le secteur inférieur de Jumbo Creek a été retiré de la zone de loisir parce qu’il était perçu comme davantage susceptible d’être fréquenté par les grizzlys.

- Ski lifts were removed on the west side of the valley, where impact to grizzly bear habitat was expected to be greatest; and
- The province committed to pursuing a Wildlife Management Area to address potential impacts in relation to grizzly bears and Aboriginal claims relating to the spiritual value of the valley.
- On a retiré les remonte-pentes du côté ouest de la vallée, car on pensait que les répercussions sur l'habitat du grizzly y seraient plus importantes.
- La province s'est engagée à mettre sur pied une aire de gestion de la faune pour contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée.

[34] On June 8, 2009, five days after the Minister had concluded that all major issues had been resolved, the Ktunaxa responded with a table of outstanding concerns. They did not list the sacred nature of the area or a threat to the grizzly bear population among their concerns.

[34] Le 8 juin 2009, soit cinq jours après que le Ministre eut conclu que toutes les questions importantes avaient été réglées, les Ktunaxa lui ont présenté un tableau des questions non résolues, dans lequel ils n'ont pas mentionné la nature sacrée de la région ni les menaces pour la population de grizzlys.

[35] At meetings on June 9 and 10, however, the Ktunaxa took a very different and uncompromising position regarding the spiritual value of Qat'muk. They asserted that the consultation process was deficient, not because interest-based issues like money and land reserves had not been concluded, but because the process had not properly considered information that the Jumbo Valley was a sacred site. They advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about these values. Elder Chris Luke Sr. was better placed to speak to the issue. The Minister agreed to meet Mr. Luke on June 22, 2009 but the meeting did not proceed on that date. The Minister agreed to extend the consultation process with the Ktunaxa until at least December 2009 to specifically address the issue of the sacred nature of the Jumbo Valley.

[35] Aux rencontres tenues les 9 et 10 juin, les Ktunaxa ont toutefois adopté une position très différente et inflexible concernant la valeur spirituelle du Qat'muk. Ils ont affirmé que le processus de consultation était déficient, non pas en raison de questions ayant trait à des intérêts, comme l'indemnisation pécuniaire et les réserves foncières, mais parce qu'on n'avait pas adéquatement tenu compte dans le processus de renseignements selon lesquels la vallée Jumbo est un lieu sacré. Ils ont expliqué au Ministre que seuls certains membres de la collectivité, les gardiens du savoir, détenaient de l'information sur ces valeurs. L'aîné Chris Luke père était le mieux placé pour parler de cet enjeu. Le Ministre a accepté de le rencontrer le 22 juin 2009, mais la réunion n'a pas eu lieu ce jour-là. Le Ministre a accepté de prolonger la consultation auprès des Ktunaxa jusqu'au moins décembre 2009 pour traiter tout particulièrement de l'enjeu de la nature sacrée de la vallée Jumbo.

[36] After ongoing efforts to arrange a meeting about sacred values, the Minister was finally able to meet with the Ktunaxa and Mr. Luke on September 19, 2009 in Cranbrook. Mr. Luke, through translators, advised the Minister that Qat'muk was "a life and death matter", that "Jumbo is one of the major spiritual places", and that to say the sacredness of the area for the Ktunaxa was important would be

[36] Après avoir déployé des efforts constants en vue d'organiser une rencontre pour discuter des valeurs sacrées, le Ministre a finalement réussi à rencontrer les Ktunaxa et M. Luke le 19 septembre 2009 à Cranbrook. S'exprimant par l'entremise d'interprètes, M. Luke a informé le Ministre que la question du Qat'muk en était une [TRADUCTION] « de vie et de mort », que « Jumbo [était] l'un des

an understatement: chambers judge's reasons, at para. 94. He stated that any movement of earth and the construction of permanent structures would desecrate the area and destroy the valley's spiritual value. The Ktunaxa at the meeting told the Minister that there was no middle ground regarding the proposed resort. Simply put, no accommodation was possible. The Ktunaxa confirmed this position in a second meeting in Creston, B.C., on December 7, 2009. It emerged that the revelation that led to the position that permanent structures would desecrate and irrevocably devalue the sacred site came to Mr. Luke in 2004, but that health problems and secrecy concerns had prevented him from disclosing the revelation to others until 2009.

[37] The Minister persisted. After further study of the Ktunaxa's spiritual claims, on June 11, 2010 he sent the Ktunaxa a 71-page draft "Consultation/Accommodation Summary" that included seven pages devoted to describing the consultation and accommodation specifically related to the Ktunaxa's assertions regarding the sacred nature of the Jumbo Valley and invited the Ktunaxa's comments. He met with the Ktunaxa on July 8, 2010 and revisions were made to the document.

[38] The Ktunaxa responded with a 40-page document that devoted the first page and a half to sacred values. A few months later, in November 2010, the Ktunaxa issued the "Qat'muk Declaration" (Schedule "E" of 2014 BCSC 568, at pp. 115-16 (CanLII)) — a unilateral declaration of rights based on "pre-existing sovereignty". The Qat'muk Declaration mapped an area in which the Ktunaxa would not permit development. No disturbance or alteration of the ground would be permitted within an area identified as the "refuge area". Construction of buildings with permanent foundations or permanent human habitation was forbidden within the refuge area and

principaux lieux spirituels » de leur nation, et que dire que la nature sacrée du lieu est importante pour les Ktunaxa serait un euphémisme : motifs du juge en chambre, par. 94. Il a déclaré que tout déplacement de la terre ou toute construction d'installations permanentes enlèverait à la région son caractère sacré et détruirait la valeur spirituelle de la vallée. À la réunion, les Ktunaxa ont dit au Ministre qu'il n'y avait aucune solution intermédiaire au regard du projet. En termes simples, aucun accommodement n'était possible. Les Ktunaxa ont confirmé cette position lors d'une seconde rencontre le 7 décembre 2009 à Creston, en Colombie-Britannique. Il en est ressorti que M. Luke avait eu en 2004 la révélation qui a mené à la position que des installations permanentes enlèveraient au site son caractère sacré et le dévalueraient de façon irrévocable, mais que des problèmes de santé et des préoccupations liées au caractère secret de cette révélation l'avaient empêché d'en faire part à autrui avant 2009.

[37] Le Ministre a persisté. Après examen plus approfondi des revendications à caractère spirituel des Ktunaxa, il a envoyé à ces derniers, le 11 juin 2010, un document préliminaire de 71 pages, « Consultation/Accommodation Summary » (Résumé des consultations et des mesures d'accommodement). Sept pages étaient consacrées à la description des consultations et des mesures d'accommodement qui avaient directement trait aux affirmations des Ktunaxa quant à la nature sacrée de la vallée Jumbo. On invitait par ailleurs les Ktunaxa à présenter leurs observations. Il a rencontré les Ktunaxa le 8 juillet 2010 et des modifications ont été apportées au document.

[38] La réponse des Ktunaxa est contenue dans un document de 40 pages dont la première page et demie portait sur les valeurs sacrées. Quelques mois plus tard, en novembre 2010, les Ktunaxa ont publié une déclaration de droits unilatérale sur le Qat'muk, la « Qat'muk Declaration » (déclaration sur le Qat'muk) (annexe « E » de la décision 2014 BCSC 568, p. 115-116 (CanLII)), fondée sur leur [TRADUCTION] « souveraineté préexistante ». Ce document dressait la carte d'une région où les Ktunaxa empêcheraient tout aménagement. Aucune perturbation ou altération ne serait permise dans la région identifiée sous le nom d'« aire de refuge ». Il était

the access road and buffer area. This amounted to saying that the resort could not proceed, as the proposed resort was partially within the refuge area and its access road ran through the buffer area.

[39] Consistent with the Qat'muk Declaration, the Ktunaxa now took the position that negotiations were over. The only point of further discussion was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. The Minister continued to explore potential mitigation and accommodation measures through additional consultations, without success. Negotiations were at an end.

[40] On March 20, 2012, the Minister signed the MDA with Glacier Resorts. The MDA contained a number of measures responding to concerns raised by the Ktunaxa during the consultations: chambers judge's reasons, at paras. 236-39.

[41] In summary, the Ktunaxa played an active part in all phases of the lengthy regulatory process leading to the approval of the resort project. As a result of the consultation that occurred during the regulation process, the resort plan was significantly reduced in scope; safeguards for the grizzly bear population and the spiritual interests of the Ktunaxa were put in place; and economic and interest-based issues, including compensation, were discussed. Areas of significant frequentation by grizzly bears were removed from the project. Progress was made and agreement seemed imminent.

[42] This trajectory toward accommodation ended in 2010, with the issuance of the Qat'muk Declaration. The Ktunaxa said at the September 2009 meeting that their spiritual concerns could not be accommodated. The 2010 Qat'muk Declaration unequivocally changed the process from a search for

interdit de construire des immeubles avec des fondations permanentes ou des habitations permanentes pour les humains dans l'aire de refuge ainsi qu'à l'intérieur de la zone tampon et sur la route d'accès, ce qui revenait à dire que le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant puisqu'il était partiellement situé dans l'aire de refuge et que sa route d'accès traversait la zone tampon.

[39] Dans la même veine que la déclaration sur le Qat'muk, les Ktunaxa ont désormais soutenu que les négociations étaient terminées. Les discussions pouvaient uniquement se poursuivre pour faire comprendre aux décideurs la raison pour laquelle le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Le Ministre a continué à tenter de trouver des mesures d'atténuation et d'accommodement en procédant à des consultations additionnelles, mais sans succès. Les négociations étaient terminées.

[40] Le 20 mars 2012, le Ministre a signé l'ACA avec Glacier Resorts. Le document prévoyait un certain nombre de mesures pour répondre aux préoccupations soulevées par les Ktunaxa lors des consultations : motifs du juge en chambre, par. 236-239.

[41] En résumé, les Ktunaxa ont joué un rôle actif à toutes les phases du long processus réglementaire qui a mené à l'approbation du projet de station de ski. Par suite de la consultation qui a eu lieu au cours du processus réglementaire, l'étendue du projet a été grandement réduite, des mesures ont été prises pour protéger les grizzlys et les intérêts spirituels des Ktunaxa, et des discussions ont été engagées sur des enjeux économiques et autres intérêts, notamment en matière d'indemnisation. Les zones fréquentées abondamment par les grizzlys ont été retirées du projet. Enfin, des progrès ont été réalisés et la conclusion d'un accord semblait imminente.

[42] En 2010, la déclaration sur le Qat'muk a mis fin à cette perspective d'entente sur d'éventuels accommodements. Les Ktunaxa ont dit à la réunion de septembre 2009 qu'il n'était pas possible de répondre à leurs préoccupations d'ordre spirituel. La déclaration sur le Qat'muk de 2010 a changé sans

accommodation to rejection of the entire project; from a search for protection of spiritual values inhering in the valley and the grizzly bear population, to the position that any permanent structures on the proposed resort site would drive out Grizzly Bear Spirit and destroy the foundation of Ktunaxa spiritual practice.

[43] The stance taken by the Ktunaxa in September 2009 and again in late 2010 with the issuance of the Qat'muk Declaration amounted, in effect, to a different and uncompromising claim regarding suitable accommodation. The claim now was not a claim to generalized spiritual values that could be accommodated by measures like land reserves, economic payments and environmental protections. Instead, it was an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. To identify this claim — which first arose in September 2009 and was affirmed in December 2009 and again by the Qat'muk Declaration — we refer to it below as the “Late-2009 Claim”. There was no way the proposed resort could be reconciled with this claim. The Minister made efforts to continue consultation, but, not surprisingly, they failed. In 2011, the Minister concluded that sufficient consultation had occurred and approved the resort development.

III. Decisional History

A. *The Minister's Rationale*

[44] On March 20, 2012, the Minister approved the resort MDA and issued the Rationale for his decision: Schedule “F” of 2014 BCSC 568, at pp. 117-24 (CanLII) (“Rationale”). The Rationale in turn referenced the detailed Consultation/Accommodation Summary, which was finalized in March 2011: see R.R. (Minister), at pp. 66-154.

équivoque le processus : d'une recherche d'accommodements acceptables, on est passé à un rejet de l'ensemble du projet, et d'une recherche de protection des valeurs spirituelles inhérentes à la vallée et de la population de grizzlys, on en est venu à la position que toute installation permanente sur l'emplacement proposé de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et détruirait le fondement de la pratique spirituelle des Ktunaxa.

[43] La position adoptée par les Ktunaxa en septembre 2009 et de nouveau à la fin de 2010 avec la publication de la déclaration sur le Qat'muk équivalait en fait à une revendication différente et inflexible au sujet d'un accommodement convenable. La revendication ne portait alors plus sur les valeurs spirituelles répandues auxquelles il serait possible de satisfaire par la prise de mesures comme la création de réserves foncières, le versement de sommes d'argent et la protection de l'environnement. Il s'agissait désormais plutôt d'une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Nous l'appelons ci-dessous « revendication de la fin de 2009 », laquelle a été formulée la première fois en septembre 2009 puis de nouveau en décembre 2009 ainsi que dans la déclaration sur le Qat'muk. Il n'y avait aucun moyen de concilier cette revendication avec le projet de station de ski. Le Ministre a essayé de poursuivre les consultations mais, sans surprise, celles-ci ont échoué. En 2011, le Ministre a conclu qu'il y avait eu des consultations suffisantes et a approuvé l'aménagement de la station de ski.

III. Historique des décisions

A. *Les motifs du Ministre*

[44] Le 20 mars 2012, le Ministre a approuvé l'ACA et rendu les motifs de sa décision (annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (CanLII) (« Motifs »)), lesquels renvoyaient au détaillé Résumé des consultations et des mesures d'accommodement, qui a été achevé en mars 2011 (voir le d.i. (Ministre), p. 66-154).

[45] The Minister stated that while the Aboriginal claims to the area remained to be proven, he was required to give them due respect and recognition, and consult with the groups with a view to accommodating their interests. The Shuswap had concluded that sufficient consultation had occurred, but the Ktunaxa had not.

[46] The Minister stated that he recognized the genuinely sacred values at stake for the Ktunaxa leadership and knowledge keepers. He stated that it was not clear whether the Ktunaxa spiritual claims would be found to be a constitutionally protected right or whether the claimed right could be reconciled with other claimed Aboriginal rights and Ktunaxa access to the valley for a variety of traditional and modern uses, including hunting, gathering and fishing. He viewed the claim as weak, due to lack of indication that the claimed right was part of an Aboriginal tradition, practice or activity integral to the Ktunaxa culture, and the fact that details of the spiritual interest were not shared with or known to the general Ktunaxa population. (The latter point must refer to the Late-2009 Claim, since the more general spiritual claims that had been advanced from the start of the process were broadly known and shared.)

[47] The Minister reviewed the extensive record of consultation with the Ktunaxa over the past two decades, and noted the many accommodations and adjustments that had been made in an effort to accommodate their interests. These included a 60% reduction in the resort development area, on-site environmental monitors, continued use of the area for traditional practices, and measures designed to reduce the impact of the development on grizzly bears. The lower Jumbo Creek area and a ski lift on the west side of the valley had been removed from the development because of perceived greater visitation by grizzly bears in these areas. A wildlife management area had been established to address potential impacts in relation to grizzly bears and the

[45] Le Ministre a déclaré que le bien-fondé des revendications des Autochtones à l'égard de la région devait encore être prouvé, mais qu'il devait malgré tout faire preuve de respect à l'égard de ces revendications et reconnaître leur existence et qu'il devait consulter les groupes dans le but de tenir compte de leurs intérêts. Les Shuswap avaient conclu au caractère suffisant de la consultation, mais non les Ktunaxa.

[46] Le Ministre a déclaré qu'il reconnaissait les valeurs véritablement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir. Il a ajouté qu'on ne savait pas si les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa seraient considérées comme un droit protégé par la Constitution ou si le droit revendiqué pourrait être concilié avec d'autres droits revendiqués par les Autochtones et l'accès des Ktunaxa à la vallée pour diverses activités traditionnelles et modernes, notamment la chasse, la cueillette et la pêche. À son avis, la revendication était faible car, d'une part, peu d'indices laissaient croire que le droit revendiqué faisait partie d'une tradition, pratique ou activité ancestrale essentielle à la culture des Ktunaxa et, d'autre part, en raison du fait que les détails de l'intérêt en question n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière. (Le dernier point renvoie à la revendication de la fin de 2009, étant donné que les revendications plus générales de nature spirituelle invoquées depuis le début du processus étaient notoires.)

[47] Le Ministre, qui a examiné le volumineux dossier des consultations menées auprès des Ktunaxa au cours des deux dernières décennies, a indiqué qu'un grand nombre de mesures d'accommodement et d'ajustements avaient été consentis pour tenter de répondre aux intérêts de cette nation. On avait par exemple réduit de 60 p. 100 la zone d'aménagement réservée à la station de ski, dépêché sur place des inspecteurs de l'environnement, assuré l'utilisation continue de la zone pour des pratiques traditionnelles et pris des mesures pour atténuer les répercussions de l'aménagement sur les grizzlys. On avait retiré du projet le secteur inférieur de Jumbo Creek et un remonte-pente du côté ouest de la vallée parce qu'on avait l'impression que le grizzly fréquentait

spiritual value of the valley. And the province committed to continue to proactively manage the grizzly bear population through existing legislation and policies. The Minister stated in his Rationale:

For these reasons I have concluded that, on balance, the commitments and strategies in place are reasonable and minimize the potential impact to the environment and specifically, to Grizzly bear habitat. [p. 124]

[48] The Minister concluded that overall, consultation had been at the “deep end of the consultation spectrum” (p. 123). This, combined with the accommodation measures put in place, was adequate “in respect of those rights for which the strength of claim is strong, and for which potential impacts of the project could be significant” (*ibid.*). The extensive accommodation measures relating to the continued ability of the Ktunaxa to continue to exercise their Aboriginal rights, balanced against the societal benefits of the project (\$900 million in capital investment and 750 to 800 permanent, direct jobs), were reasonable.

[49] Noting once again the extensive consultation and assessment processes that had taken place, the Minister stated that he had decided to approve the MDA for the Jumbo Glacier Resort.

B. *The Chambers Judge’s Reasons*

[50] The Ktunaxa sought judicial review of the Minister’s decision. They filed a petition, claiming the decision violated their freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, and breached the Crown’s duty to consult and accommodate their Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

davantage ces secteurs. Une aire de gestion de la faune avait été établie pour atténuer les éventuelles répercussions du projet sur les grizzlys et la valeur spirituelle de la vallée. Par ailleurs, la province s’était engagée à poursuivre la gestion proactive de la population de grizzlys grâce à la législation et aux politiques existantes. Le Ministre a déclaré ce qui suit dans ses Motifs :

[TRADUCTION] Tout bien considéré, j’ai conclu pour ces raisons que les engagements et stratégies en place sont raisonnables et minimisent les éventuelles répercussions sur l’environnement et, en particulier, sur l’habitat du grizzly. [p. 124]

[48] Le Ministre a conclu que, dans l’ensemble, la consultation s’était rendue [TRADUCTION] « à l’extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Si l’on tient compte en outre des mesures d’accommodement prises, la consultation était adéquate « à l’égard des droits pour lesquels il existait une revendication solide, et pour lesquels les conséquences du projet pourraient être importantes » (*ibid.*). Il a jugé raisonnables les mesures importantes d’accommodement prises pour permettre aux Ktunaxa de continuer à exercer leurs droits ancestraux, par rapport aux avantages du projet pour la collectivité (investissements de 900 millions de dollars et entre 750 et 800 emplois directs et permanents).

[49] Rappelant les vastes consultations et processus d’évaluation qui avaient eu lieu, le Ministre a affirmé avoir décidé d’approuver l’ACA pour la station de ski Jumbo Glacier.

B. *Les motifs du juge en chambre*

[50] Les Ktunaxa ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Ministre. Ils ont déposé une requête dans laquelle ils faisaient valoir que la décision portait atteinte à leur liberté de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte* et ne respectait pas l’obligation de la Couronne de les consulter et de tenir compte des droits ancestraux qui leur sont reconnus à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[51] The chambers judge, Savage J. (as he then was), dismissed the petition. On the *Charter* claim, he held that s. 2(a) protects against state coercion or constraint on individual conduct, but does not encompass “subjective loss of meaning” to a religion, without associated coercion or constraint on conduct (para. 299). He therefore rejected the claim that the state had a duty under s. 2(a) to stop the development because the Ktunaxa believe it would undermine their religious beliefs and practices.

[52] The chambers judge went on to say that if he were wrong in this conclusion about the scope of s. 2(a), the Minister’s actions and accommodations represented a reasonable balancing of the s. 2(a) value and the statutory objectives, and thus did not unreasonably trench on freedom of religion.

[53] On the issue of consultation, the chambers judge found that the consultation process undertaken by the Minister was reasonable and appropriate, and that the Minister’s proposed accommodations fell within a range of reasonable responses which upheld the honour of the Crown and satisfied the Crown’s duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

C. *The Court of Appeal*

[54] The Court of Appeal dismissed the appeal: 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] The Court of Appeal held that the Minister’s decision did not violate the Ktunaxa’s right to freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. The chambers judge’s view that s. 2(a) protected only against state coercion or constraint on individual conduct was too narrow; s. 2(a) freedom implies the vitality of a religious community as a whole. The proper test was whether “the subjective loss of meaning more than trivially or substantially interfere[d] with the *communal dimension* of the s. 2(a) right

[51] Le juge en chambre, le juge Savage (maintenant juge à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique), a rejeté la requête. Pour ce qui est de la revendication fondée sur la *Charte*, il a jugé que l’al. 2a) protège l’individu contre la coercition ou contrainte exercée par l’État, mais ne vise pas une [TRADUCTION] « perte subjective de sens » d’une religion, en l’absence de la coercition ou contrainte associée à la conduite (par. 299). Il a par conséquent rejeté l’argument des Ktunaxa selon lequel l’État était tenu par l’al. 2a) de mettre un terme au projet parce qu’ils croyaient qu’il nuirait à leurs croyances et pratiques religieuses.

[52] Le juge en chambre a ajouté que si sa conclusion au sujet de la portée de l’al. 2a) était erronée, il y avait un équilibre raisonnable entre, d’une part, les actes du Ministre et les mesures d’accommodement qu’il a prises et, d’autre part, les valeurs sous-jacentes à l’al. 2a) et les objectifs de cette disposition, et qu’il n’était par conséquent pas porté atteinte de façon déraisonnable à la liberté de religion.

[53] Sur la question de la consultation, le juge en chambre a conclu que le processus de consultation suivi par le Ministre était raisonnable et approprié et que les mesures d’accommodement proposées par ce dernier faisaient partie des réponses raisonnables de nature à préserver l’honneur de la Couronne et respectaient l’obligation de la Couronne en matière de consultation et d’accommodement découlant de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *La Cour d’appel*

[54] La Cour d’appel a rejeté l’appel : 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] Selon la Cour d’appel, la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) de la *Charte*. Elle a par ailleurs trouvé trop restrictive l’opinion du juge en chambre selon laquelle l’al. 2a) n’accordait une protection qu’à l’égard de la coercition ou contrainte exercée par l’État à l’égard d’une conduite individuelle, estimant que la liberté protégée à l’al. 2a) implique la vitalité d’une communauté religieuse dans son ensemble. Le bon test

by diminishing the vitality of the Ktunaxa religious community through a disruption of the ‘deep linkages’ between the asserted religious belief and its manifestation through communal Ktunaxa institutions”: para. 67 (emphasis in original). However, protection of the communal dimension of freedom of religion does not extend to “restraining and restricting the behaviour of others who do not share that belief in the name of preserving subjective religious meaning” (para. 73). The court found that the Ktunaxa cannot, in the name of their own religious freedom, require others who do not share that belief to modify their behaviour. As stated in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 62, “[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others [may not] be protected.”

[56] On s. 35, the Court of Appeal agreed with the chambers judge’s conclusion that “the process of consultation and the accommodation offered meets the reasonableness standard” (para. 93). It concluded that the chambers judge did not err in law by finding reasonable the Minister’s characterization of the potential Aboriginal right as a right to “preclude permanent development” rather than a right to “exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection” (para. 81). Nor did the chambers judge understate the scale of the alleged infringement to the Ktunaxa and apply too light a standard of consultation; in fact, deep consultation consistent with an important impact took place. Finally, the chambers judge did not err in finding that the Ktunaxa first asserted the permanent nature of the proposed project would infringe their s. 35 Aboriginal rights in 2009. In fact, the chambers judge found that what was first asserted in 2009 was the position that “no accommodation” was possible — a finding supported by the record.

consistait à déterminer si [TRADUCTION] « la perte de sens subjective [entravait] d’une manière plus que négligeable ou insignifiante la *dimension collective* du droit reconnu à l’al. 2a) en diminuant la vitalité de la communauté religieuse des Ktunaxa par la perturbation des “liens profonds” entre la croyance religieuse invoquée et sa manifestation au sein des institutions collectives des Ktunaxa » : par. 67 (en italique dans l’original). Toutefois, la protection de la dimension collective de la liberté de religion ne va pas jusqu’à « restreindre et limiter, au nom de la préservation d’un sens religieux subjectif, la conduite d’autres personnes qui ne partagent pas cette croyance » (par. 73). La Cour d’appel a conclu que les Ktunaxa ne peuvent pas, au nom de leur propre liberté de religion, exiger d’autres personnes ne partageant pas cette croyance qu’elles modifient leur comportement. Comme l’indique l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 62, « [u]ne conduite susceptible de causer préjudice aux droits d’autrui ou d’entraver l’exercice de ces droits [ne peut être] protégée. »

[56] Sur l’art. 35, la Cour d’appel a souscrit à la conclusion du juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « le processus de consultation et l’accommodement offert satisfont à la norme du caractère raisonnable » (par. 93). D’après la Cour d’appel, le juge en chambre n’a pas commis d’erreur de droit en estimant raisonnable le fait que le Ministre a décrit l’éventuel droit ancestral comme un droit « d’empêcher tout aménagement permanent » plutôt qu’un droit de « se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (par. 81). Le juge en chambre n’a pas non plus minimisé l’étendue du préjudice dont seraient victimes les Ktunaxa ni appliqué une norme de consultation trop basse; il y a eu en effet des consultations approfondies en accord avec l’étendue du préjudice. Enfin, le juge en chambre n’a pas commis d’erreur en concluant que les Ktunaxa avaient fait valoir la première fois en 2009 que la nature permanente du projet porterait atteinte à leurs droits ancestraux reconnus à l’art. 35. En fait, il a conclu que ce qui a été exprimé la première fois en 2009, c’est la position qu’« aucun accommodement » n’était possible — conclusion étayée par le dossier.

IV. Issues

- [57] A. Did the Minister's decision violate the Ktunaxa's freedom of conscience and religion?
- B. Was the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* reasonable?

V. Analysis

- A. *Did the Minister's Decision Violate the Ktunaxa's Freedom of Conscience and Religion?*

(1) The Claim

[58] The Ktunaxa contend that the Minister's decision to allow the Glacier Resorts project to proceed violates their right to freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the *Charter*. This claim is asserted independently from the Ktunaxa's s. 35 claim. Even if the Minister undertook adequate consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, his decision could be impeached on the ground that it violated the Ktunaxa's *Charter* guarantee of freedom of religion. We note that with respect to the s. 2(a) claim, the Ktunaxa stand in the same position as non-Aboriginal litigants.

[59] The Ktunaxa assert that the project, and in particular permanent overnight accommodation, will drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. As Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices, its departure, they say, would remove the basis of their beliefs and render their practices futile. The Ktunaxa argue that the vitality of their religious community depends on maintaining the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk.

[60] The Ktunaxa fault the Minister for not having considered their right to freedom of religion in

IV. Questions en litige

- [57] A. La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?
- B. Était-il raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analyse

- A. *La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?*

(1) La prétention

[58] Les Ktunaxa soutiennent que la décision du Ministre d'autoriser la poursuite du projet de Glacier Resorts viole leur droit à la liberté de conscience et de religion protégé par l'al. 2a) de la *Charte*. Cette prétention est présentée indépendamment de la revendication des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Même si le Ministre a procédé à une consultation adéquate au titre de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sa décision pourrait être attaquée au motif qu'elle a porté atteinte à la liberté de religion des Ktunaxa garantie par la *Charte*. Nous tenons à souligner qu'en ce qui concerne la revendication fondée sur l'al. 2a), la situation des Ktunaxa est la même que celle des plaideurs non autochtones.

[59] Les Ktunaxa affirment que le projet, et en particulier les installations permanentes d'hébergement pour la nuit, chassera l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Comme cet esprit est au cœur de leurs croyances et pratiques religieuses, ils disent que son départ aurait pour effet d'éliminer le fondement de leurs croyances et de rendre inutiles leurs pratiques. Les Ktunaxa plaident que la vitalité de leur communauté religieuse dépend du maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk.

[60] Les Ktunaxa reprochent au Ministre de ne pas avoir tenu compte dans sa décision de leur droit

the course of his decision. The Ktunaxa raised the potential breach of s. 2(a) before the Minister. Nevertheless, the Minister's Rationale for approving the Jumbo Glacier Resort did not analyze the s. 2(a) claim. The Minister should have discussed the s. 2(a) claim. However, his failure to conduct an analysis of the Ktunaxa's right to freedom of religion is immaterial because the claim falls outside the scope of s. 2(a). This was the finding of both the chambers judge and the Court of Appeal and we agree, though for somewhat different reasons.

(2) The Scope of Freedom of Religion

[61] The first step where a claim is made that a law or governmental act violates freedom of religion is to determine whether the claim falls within the scope of s. 2(a). If not, there is no need to consider whether the decision represents a proportionate balance between freedom of religion and other considerations: *Amselem*, at para. 181.

[62] The seminal case on the scope of the *Charter* guarantee of freedom of religion is this Court's decision in *Big M Drug Mart*. The majority of the Court, per Justice Dickson (as he then was), defined s. 2(a) as protecting "the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 336).

[63] So defined, s. 2(a) has two aspects — the freedom to hold religious beliefs and the freedom to manifest those beliefs. This definition has been adopted in subsequent cases: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 58; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 159; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 32; *Amselem*, at para. 40.

à la liberté de religion. Ils ont soutenu devant lui qu'il pourrait y avoir contravention à l'al. 2a). Malgré cela, les motifs pour lesquels le Ministre a approuvé le projet Jumbo Glacier ne contenaient pas d'analyse de la revendication fondée sur l'al. 2a). Le Ministre aurait dû analyser cette revendication. L'omission du Ministre d'examiner le droit à la liberté de religion des Ktunaxa est toutefois sans importance parce que la revendication ne relève pas de l'al. 2a). C'est la conclusion à laquelle sont arrivés le juge en chambre et la Cour d'appel et nous partageons leur avis, quoique pour des raisons quelque peu différentes.

(2) La portée de la liberté de religion

[61] Lorsqu'un intéressé fait valoir qu'une mesure législative ou une action de l'État viole sa liberté de religion, la première étape consiste à juger si l'allégation relève de l'al. 2a). Dans la négative, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et d'autres facteurs : *Amselem*, par. 181.

[62] L'arrêt de principe sur l'étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* est *Big M Drug Mart*. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit l'al. 2a) comme protégeant « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles, et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 336).

[63] Ainsi défini, l'al. 2a) comporte deux volets : la liberté d'avoir des croyances religieuses et celle de manifester ces croyances. Cette définition a été reprise dans des arrêts ultérieurs : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 58; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 159; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 32; *Amselem*, par. 40.

[64] These two aspects of the right to freedom of religion — the freedom to hold a religious belief and the freedom to manifest it — are reflected in international human rights law. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) (“UDHR”), first defined the right in international law in these terms: “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.”

[65] Similarly, art. 18(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), defined the right to freedom of religion as consisting of “freedom to have or to adopt a religion or belief of [one’s] choice” and “freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching”. The relevance of art. 18(1) of the ICCPR to s. 2(a) of the *Charter* was considered by a noted human rights jurist, Tarnopolsky J.A., in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). He observed that art. 18(1) defined freedom of religion “as including not only the right to have or adopt a religion or belief of one’s choice, but also to be able to ‘manifest’ the religion or belief” (p. 421 (emphasis deleted)), and added that s. 2(a) of the *Charter* — then a new and judicially unconsidered feature of Canada’s Constitution — should be “interpreted in conformity with our international obligations” (p. 420). On further appeal to this Court, Dickson C.J. approved Tarnopolsky J.A.’s approach to s. 2(a), noting that his definition of freedom of religion “to include the freedom to manifest and practice one’s religious beliefs . . . anticipated conclusions which were reached by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 735. Later, in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349, Dickson C.J. proposed, as Tarnopolsky J.A. had done, that the *Charter* be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in Canada’s international human rights obligations. The Court has since

[64] Ces deux volets du droit à la liberté de religion — la liberté d’avoir une croyance religieuse et la liberté de la manifester — trouvent leur expression dans le droit international en matière de droits de la personne. L’article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948) (« DUDH »), a défini ainsi pour la première fois ce droit en droit international : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu’en privé, par l’enseignement, les pratiques, le culte et l’accomplissement des rites. »

[65] De même, le par. 18(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« PIDCP »), a défini le droit à la liberté de religion comme « la liberté d’avoir ou d’adopter une religion ou une conviction de son choix » et « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu’en privé, par le culte et l’accomplissement des rites, les pratiques et l’enseignement ». La pertinence du par. 18(1) du PIDCP pour l’al. 2a) de la *Charte* a été examinée par un éminent juriste des droits de la personne, le juge Tarnopolsky, dans *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). Il a fait observer que, selon le par. 18(1), la liberté de religion [TRADUCTION] « comprend non seulement le droit d’avoir ou d’adopter une religion ou une conviction de son choix, mais aussi la faculté de “manifester” la religion ou conviction » (p. 421 (soulignement omis)), et ajouté que l’al. 2a) de la *Charte* — alors un nouvel aspect de la Constitution canadienne sur lequel les tribunaux ne s’étaient pas encore penchés — doit être « interprété conformément à nos obligations internationales » (p. 420). À la suite du pourvoi formé devant notre Cour, le juge en chef Dickson a souscrit à la manière dont le juge Tarnopolsky a abordé l’al. 2a) et signalé qu’en définissant la liberté de religion « comme incluant la liberté de manifester et de mettre en pratique ses croyances religieuses [. . .] le juge Tarnopolsky a devancé les conclusions tirées par notre Cour dans l’arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 735. Puis, dans le *Renvoi relatif à la Public Service*

adopted this interpretive presumption: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paras. 22-23 and 25; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38.

[66] The two aspects of freedom of religion enunciated in the UDHR and ICCPR are also found in international human rights instruments to which Canada is not a party. Article 9(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, recognizes everyone’s right to “freedom of thought, conscience and religion” including “freedom . . . to manifest [one’s] religion or belief, in worship, teaching, practice and observance”. The *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, provides, at art. 12(1), that “[e]veryone has the right to freedom of conscience and of religion” including “freedom to profess or disseminate one’s religion or beliefs”, while art. 12(3) indicates that the “[f]reedom to manifest one’s religion and beliefs” may be subject only to lawful limitations. While these instruments are not binding on Canada and therefore do not attract the presumption of conformity, they are nevertheless important illustrations of how freedom of religion is conceived around the world.

[67] The scope of freedom of religion in these instruments is expressed in terms of the right’s two aspects: the freedom to believe and the freedom to manifest belief. This Court’s definition from *Big M Drug Mart*, consistently applied in later cases, is in keeping with this conception of the right’s scope. The question, then, is whether the Ktunaxa’s claim falls within that scope.

Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349, le juge en chef Dickson a proposé, à l’instar du juge Tarnopolsky, de présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les obligations internationales du Canada relatives aux droits de la personne. La Cour a depuis fait sienne cette présomption d’interprétation : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22-23 et 25; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38.

[66] Les deux volets de la liberté de religion énoncés dans la DUDH et le PIDCP figurent aussi dans les instruments internationaux sur les droits de l’homme auxquels le Canada n’est pas partie. Le paragraphe 9(1) de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221, reconnaît à toute personne le droit à « la liberté de pensée, de conscience et de religion », notamment « la liberté [. . .] de manifester sa religion ou sa conviction [. . .] par le culte, l’enseignement, les pratiques et l’accomplissement des rites ». La *Convention américaine relative aux droits de l’homme*, 1144 R.T.N.U. 123, dispose, en son par. 12(1), que « [t]oute personne a droit à la liberté de conscience et de religion », y compris « la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances », tandis que le par. 12(3) indique que « [l]a liberté de manifester sa religion ou ses croyances » ne peut être assortie que de restrictions prévues par la loi. Bien que ces instruments ne lient pas le Canada et ne font donc pas intervenir la présomption de conformité, ils constituent des illustrations importantes de la manière dont on conçoit la liberté de religion partout dans le monde.

[67] La portée de la liberté de religion est exprimée dans ces instruments sous l’angle des deux volets du droit : la liberté de croire et la liberté de manifester une croyance. La définition donnée par notre Cour dans *Big M Drug Mart* et systématiquement appliquée par la suite concorde avec cette conception de la portée du droit. Il s’agit alors de savoir si la revendication des Ktunaxa s’inscrit dans cette portée.

(3) Application to This Case

[68] To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief: see *Multani*, at para. 34.

[69] In this case, it is undisputed that the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place. The chambers judge indicated that Mr. Luke came to this belief in 2004 but whether this belief is ancient or recent plays no part in our s. 2(a) analysis. The *Charter* protects all sincere religious beliefs and practices, old or new.

[70] The second part of the test, however, is not met in this case. This stage of the analysis requires an objective analysis of the interference caused by the impugned state action: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 24. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. But the Minister's decision does neither of those things. This case is not concerned with either the freedom to hold a religious belief or to manifest that belief. The claim is rather that s. 2(a) of the *Charter* protects the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk. This is a novel claim and invites this Court to extend s. 2(a) beyond the scope recognized in our law.

[71] We would decline this invitation. The state's duty under s. 2(a) is not to protect the object of beliefs, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination. In short, the *Charter* protects the freedom to worship, but does

(3) Application en l'espèce

[68] Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance : voir *Multani*, par. 34.

[69] Dans la présente affaire, nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit. Selon le juge en chambre, M. Luke est parvenu à cette croyance en 2004, mais le caractère ancien ou récent de cette croyance ne joue aucun rôle dans notre analyse fondée sur l'al. 2a). La *Charte* protège toutes les croyances et pratiques religieuses sincères, qu'elles soient anciennes ou récentes.

[70] Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère en l'espèce. À ce stade de l'analyse, il faut examiner objectivement l'atteinte causée par l'acte reproché à l'État : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 24. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Or, la décision ne porte atteinte à aucune de ces libertés. La présente affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur celle de manifester cette croyance, mais plutôt sur l'allégation que l'al. 2a) de la *Charte* assure la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk. Par cette allégation inédite, on invite la Cour à étendre l'al. 2a) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien.

[71] Nous sommes d'avis de décliner cette invitation. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2a) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la propagation.

not protect the spiritual focal point of worship. We have been directed to no authority that supports the proposition that s. 2(a) protects the latter, rather than individuals' liberty to hold a belief and to manifest that belief. Section 2(a) protects the freedom to pursue practices, like the wearing of a kirpan in *Multani* or refusing to be photographed in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. And s. 2(a) protects the right to freely hold the religious beliefs that motivate such practices. In this case, however, the appellants are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. That claim is beyond the scope of s. 2(a).

[72] The extension of s. 2(a) proposed by the Ktunaxa would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. Adjudicating how exactly a spirit is to be protected would require the state and its courts to assess the content and merits of religious beliefs. In *Amselem*, this Court chose to protect *any* sincerely held belief rather than examining the specific merits of religious beliefs:

In my view, the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, “obligation”, precept, “commandment”, custom or ritual. Secular judicial determinations of theological or religious disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.

(para. 50, per Iacobucci J.)

The Court in *Amselem* concluded that such an inquiry into profoundly personal beliefs would be inconsistent with the principles underlying freedom of religion (para. 49).

Bref, la *Charte* protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. On ne nous a présenté aucune source qui étaye la proposition selon laquelle l'al. 2a) protège cette composante plutôt que la liberté des individus d'avoir une croyance et de la manifester. L'alinéa 2a) protège la liberté de se livrer à des pratiques, comme le port d'un kirpan (dans *Multani*) ou le refus d'être photographié (dans *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). L'alinéa 2a) protège en outre le droit à la liberté d'avoir des croyances religieuses qui motivent de telles pratiques. Or, en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de l'al. 2a).

[72] L'élargissement de l'al. 2a) proposé par les Ktunaxa exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. Statuer sur la protection exacte dont doit bénéficier un esprit reviendrait à obliger l'État et ses tribunaux à juger de la teneur et du bien-fondé de croyances religieuses. Dans *Amselem*, notre Cour a choisi de protéger *toute* croyance sincère au lieu d'examiner le bien-fondé précis de croyances religieuses :

À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

(par. 50, le juge Iacobucci)

Dans *Amselem*, la Cour a conclu que pareil examen des croyances intimes profondes est incompatible avec les principes de base de la liberté de religion (par. 49).

[73] The Ktunaxa argue that the *Big M Drug Mart* definition of the s. 2(a) guarantee has been subsequently enriched by an understanding that freedom of religion has a communal aspect, and that the state cannot act in a way that constrains or destroys the communal dimension of a religion. Grizzly Bear Spirit's continued occupation of Qat'muk is essential to the communal aspect of Ktunaxa religious beliefs and practices, they assert. State action that drives Grizzly Bear Spirit from Qat'muk will, the Ktunaxa say, "constrain" or "interfere" with — indeed destroy — the communal aspect of s. 2(a) protection.

[74] The difficulty with this argument is that the communal aspect of the claim is also confined to the scope of freedom of religion under s. 2(a). It is true that freedom of religion under s. 2(a) has a communal aspect: *Loyola; Hutterian Brethren*, at para. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650. But the communal aspects of freedom of religion do not, and should not, extend s. 2(a)'s protection beyond the freedom to have beliefs and the freedom to manifest them.

[75] We conclude that s. 2(a) protects the freedom to have and manifest religious beliefs, and that the Ktunaxa's claim does not fall within these parameters. It is therefore unnecessary to consider whether the Minister's decision represents a reasonable balance between freedom of religion and other considerations.

B. *Was the Minister's Decision That the Crown Had Met Its Duty to Consult and Accommodate Under Section 35 of the Constitution Act, 1982 Reasonable?*

[76] The Ktunaxa say that the Minister's decision that consultation and accommodation had been sufficient to satisfy s. 35 was unreasonable, which in turn rendered his decision to approve the resort unreasonable and invalid.

[73] Les Ktunaxa soutiennent que la définition de la garantie de l'al. 2a) formulée dans *Big M Drug Mart* a été ultérieurement enrichie par la compréhension du fait que la liberté de religion comporte un volet collectif et que l'État ne peut agir d'une façon qui restreint ou détruit la dimension collective d'une religion. Selon eux, le maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly au Qat'muk est essentiel au volet collectif des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa. Aux dires des Ktunaxa, l'action de l'État qui a pour effet de chasser l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk [TRADUCTION] « restreindrait » ou « entraverait » — voire détruirait — le volet collectif de la protection offerte par l'al. 2a).

[74] Le problème que pose cet argument est que le volet collectif de la revendication doit lui aussi s'inscrire dans les limites de la liberté de religion reconnue à l'al. 2a). Il est vrai que cette liberté de religion comporte un volet collectif : *Loyola; Hutterian Brethren*, par. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, la dimension collective de la liberté de religion n'étend pas, et ne doit pas étendre, la protection accordée par l'al. 2a) au-delà de la liberté d'avoir des croyances et de la liberté de les manifester.

[75] Nous concluons que l'al. 2a) protège la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester et que la revendication des Ktunaxa ne relève pas de ces paramètres. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision du Ministre représente une mise en balance raisonnable de la liberté de religion et d'autres facteurs.

B. *Était-il raisonnable pour le Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?*

[76] Les Ktunaxa affirment qu'il était déraisonnable de la part du Ministre de décider que les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient suffisantes pour respecter l'art. 35, et que cela rendait par ricochet déraisonnable et invalide sa décision d'approuver la station de ski.

[77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

(1) The Legal Requirements of the Section 35 Consultation and Accommodation Process

[78] The constitutional guarantee of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests: *Haida Nation*, at paras. 25 and 27. Where, as here, a permit is sought to use or develop lands subject to an unproven Aboriginal claim, the government is required to consult with the affected Aboriginal group and, where appropriate, accommodate the group's claim pending its final resolution. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

[79] The extent of the Crown's duty to consult and accommodate in the case of an unproven Aboriginal claim varies with the *prima facie* strength of the claim and the effect the proposed development or use will have on the claimed Aboriginal right: *Haida Nation*, at paras. 43-44. A strong *prima facie* claim and significant impact may require deep consultation. A weak claim or transient impact may

[77] Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Ministre selon laquelle les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient adéquates : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 62. Le juge en chambre devait décider s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. Un juge qui siège en révision ne tranche pas les questions constitutionnelles soulevées de façon isolée selon la norme de la décision correcte, mais se demande plutôt si la décision du Ministre, prise dans son ensemble, était raisonnable.

(1) Les exigences juridiques du processus de consultation et d'accommodement établi à l'art. 35

[78] La garantie constitutionnelle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure : *Nation haïda*, par. 25 et 27. Lorsque, comme en l'espèce, on demande un permis pour utiliser ou aménager des terres qui font l'objet d'une revendication autochtone dont le bien-fondé n'a pas été démontré, le gouvernement est tenu de consulter le groupe autochtone touché et, s'il y a lieu, de tenir compte de la revendication du groupe en attendant son règlement définitif. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

[79] L'étendue de l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de tenir compte d'une revendication autochtone non encore établie varie selon la solidité de la revendication à première vue et l'effet du projet d'aménagement ou d'utilisation des terres sur le droit ancestral revendiqué : *Nation haïda*, par. 43-44. Une revendication solide à première vue et des conséquences importantes peuvent

attract a lighter duty of consultation. The duty is to consult and, where warranted, accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. The Aboriginal group is called on to facilitate the process of consultation and accommodation by setting out its claims clearly (*Haida Nation*, at para. 36) and as early as possible. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. The ultimate obligation is that the Crown act honourably.

[80] The holdings of *Haida Nation*, as they pertain to this case, may be summarized as follows:

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate pending the resolution of claims is grounded in the honour of the Crown, and must be understood generously to achieve reconciliation (paras. 16-17).
- The Crown, acting honourably, cannot “cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation”; it must consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest (para. 27).
- The duty to consult is triggered by the Crown having “[k]nowledge of a credible but unproven claim” (para. 37).
- The content of the duty to consult and accommodate varies with the strength of the claim and the significance of the potential adverse effect on the Aboriginal interest (para. 39). Cases with a weak claim, a limited Aboriginal right, or a minor intrusion may require only notice, information, and response to queries. At the other end of the spectrum, a strong *prima facie* case with significant intrusion on an important right may require the Crown to engage in “deep consultation” and to accommodate the interest

nécessiter une consultation approfondie. Une revendication faible ou des conséquences temporaires peuvent commander une consultation moins vaste. L’obligation en est une de consultation et, s’il y a lieu, d’accommodement. L’article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Le groupe autochtone est appelé à faciliter le processus de consultation et d’accommodement en énonçant ses revendications clairement (*Nation haïda*, par. 36) et le plus tôt possible. Rien ne garantit qu’en fin de compte il sera justifié ou possible d’obtenir l’accommodement précis demandé. L’obligation incontournable est que la Couronne agisse honorablement.

[80] Les conclusions de *Nation haïda* applicables en l’espèce peuvent être résumées comme suit :

- L’obligation de consulter et, s’il y a lieu, d’accommoder en attendant le règlement des revendications découle du principe de l’honneur de la Couronne et doit recevoir une interprétation généreuse pour que l’on parvienne à une réconciliation (par. 16-17).
- La Couronne, qui agit honorablement, ne peut « traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l’objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d’établissement d’un traité »; elle doit consulter et, s’il y a lieu, prendre en compte l’intérêt des Autochtones (par. 27).
- L’obligation de consulter découle de la « connaissance [par la Couronne] d’une revendication crédible mais non encore établie » (par. 37).
- Le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder varie selon la solidité de la revendication et l’importance de l’effet préjudiciable potentiel sur l’intérêt autochtone (par. 39). Les cas où la revendication est peu solide, le droit ancestral, limité ou le risque d’atteinte, faible peuvent nécessiter uniquement un avis, une communication de renseignements et de réponses aux questions. À l’autre extrémité du continuum, les cas où la revendication repose sur une preuve solide à première vue et où le

by altering its plans. Between these extremes lie other cases (paras. 43-45).

- When the consultation process suggests amendment of Crown policy, a duty to reasonably accommodate the Aboriginal interest may arise (para. 47).
- The duty to consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest is a two-way street. The obligations on the Crown are to provide notice and information on the project, and to consult with the Aboriginal group about its concerns. The obligations on the Aboriginal group include: defining the elements of the claim with clarity (para. 36); not frustrating the Crown's reasonable good faith attempts; and not taking unreasonable positions to thwart the Crown from making decisions or acting where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (para. 42).
- The duty to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests may require the alteration of a proposed development. However, it does not give Aboriginal groups a veto over developments pending proof of their claims. Consent is required only for *proven* claims, and even then only in certain cases. What is required is a balancing of interests, a process of give and take (paras. 45 and 48-50).

[81] The steps in a consultation process may be summarized as follows:

1. Initiation of the consultation process, triggered when the Crown has knowledge, whether real

droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance peuvent obliger la Couronne à tenir une « consultation approfondie » et à prendre en compte les intérêts en modifiant ses projets. D'autres situations se situent entre ces deux extrémités (par. 43-45).

- S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, une obligation de tenir raisonnablement compte de l'intérêt autochtone peut prendre naissance (para. 47).
- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte de l'intérêt ancestral implique une réciprocité. Les obligations de la Couronne consistent à donner un avis et des renseignements sur le projet et à consulter le groupe autochtone au sujet de ses préoccupations. Quant au groupe autochtone, il doit notamment définir clairement les éléments de ses revendications (par. 36), ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher la Couronne de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre (par. 42).
- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte des intérêts autochtones peut nécessiter la modification d'un projet. Elle ne confère toutefois pas aux groupes autochtones un droit de veto à l'égard des projets en attendant que leurs revendications soient établies. Le consentement n'est requis que dans les cas des revendications *établies* et, même en pareille éventualité, seules certaines de ces revendications requièrent un consentement. Ce qu'il faut faire, c'est de mettre en balance les intérêts, un processus de concessions mutuelles (par. 45 et 48-50).

[81] Les étapes du processus de consultation peuvent être résumées ainsi :

1. Initiation du processus de consultation dès que la Couronne a connaissance, réellement ou par

or constructive, of the potential existence of an Aboriginal right or treaty right and contemplates conduct that might adversely affect it;

2. Determination of the level of consultation required, by reference to the strength of the *prima facie* claim and the significance of the potential adverse impact on the Aboriginal interest;
3. Consultation at the appropriate level; and
4. If the consultation shows it is appropriate, accommodation of the Aboriginal interest, pending final resolution of the underlying claim.

This summary of the steps in a consultation process is offered as guidance to assist parties in ensuring that adequate consultation takes place, not as a rigid test or a perfunctory formula. In the end there is only one question — whether in fact the consultation that took place was adequate.

(2) Was the Minister’s Conclusion That the Consultation Process Satisfied Section 35 Reasonable?

[82] After an extensive regulatory process and negotiations with the Ktunaxa spanning two decades, the Minister concluded that the s. 35 duty of consultation and accommodation had been satisfied, and authorized the Glacier Resorts ski project. As noted, a court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* for itself. Rather, it must ask whether the administrative decision maker’s finding on the issue was reasonable. The question before us is whether the Minister’s conclusion, that consultation and accommodation sufficient to satisfy s. 35 had occurred, was reasonable.

[83] The s. 35 obligation to consult and accommodate regarding unproven claims is a right to a process, not to a particular outcome. The question is

interprétation, de l’existence possible d’un droit ancestral ou issu d’un traité et envisage d’accomplir un acte susceptible de lui porter préjudice;

2. Détermination du niveau de consultation requis en fonction de la solidité à première vue de la revendication et de l’importance de l’effet préjudiciable potentiel sur l’intérêt autochtone;
3. Consultation au degré approprié;
4. S’il ressort de la consultation que cela est indiqué, prise en compte de l’intérêt autochtone jusqu’au règlement définitif de la revendication sous-jacente.

Le résumé ci-dessus des étapes du processus de consultation sert de guide pour aider les parties à garantir une consultation adéquate; il ne se veut pas un critère rigoureux ou une formule superficielle. Au bout du compte, il n’y a qu’une seule question à se poser : la consultation qui a eu lieu était-elle réellement adéquate?

(2) La conclusion du Ministre selon laquelle le processus de consultation respecte l’art. 35 était-elle raisonnable?

[82] Au terme d’un long processus réglementaire et de négociations avec les Ktunaxa qui se sont échelonnés sur deux décennies, le Ministre a conclu qu’il avait été satisfait à l’obligation de consultation et d’accommodement visée à l’art. 35 et il a autorisé le projet de station de ski de Glacier Resorts. Comme nous l’avons signalé, la cour qui contrôle une décision administrative au titre de l’art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo*, de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur administratif sur cette question était raisonnable. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir s’il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la consultation et les mesures d’accommodement étaient suffisantes pour respecter l’art. 35.

[83] L’obligation de consultation et d’accommodement visée à l’art. 35 pour ce qui est des revendications non établies est un droit à un processus,

not whether the Ktunaxa obtained the outcome they sought, but whether the process is consistent with the honour of the Crown. While the hope is always that s. 35 consultation will lead to agreement and reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests, *Haida Nation* makes clear that in some situations this may not occur, and that s. 35 does not give unsatisfied claimants a veto over development. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without the consent of an Indigenous group.

[84] The Ktunaxa's petition asked the chambers judge to issue a declaration that Qat'muk is sacred to the Ktunaxa and that permanent construction is banned from that site. In effect, they ask the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision to approve a development. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence and submissions. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. Aboriginal rights claims require that proper evidence be marshalled to meet specific legal tests in the context of a trial: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 109 and 143; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 26; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 26.

et non à un résultat en particulier. Il ne s'agit pas de savoir si les Ktunaxa ont obtenu le résultat qu'ils recherchaient, mais si le processus était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. S'il est vrai qu'on espère toujours que les consultations menées au titre de l'art. 35 déboucheront sur une entente et une conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux des non-Autochtones, *Nation haïda* indique clairement que, dans les situations où cela ne se produit pas, l'art. 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto sur les projets. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans le consentement du groupe autochtone concerné.

[84] Dans leur requête, les Ktunaxa demandent au juge en chambre de rendre un jugement déclaratoire portant que le Qat'muk est sacré pour eux et qu'il est interdit d'ériger des installations permanentes en ce lieu. En fait, ils demandent aux tribunaux, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative d'approuver un aménagement. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l'on rassemble des preuves adéquates pour répondre à des critères juridiques précis dans le cadre d'un procès : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 109 et 143; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 26; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 26.

[85] Without specifically delegated authority, administrative decision makers cannot themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights, although they may be called upon to assess the *prima facie* strength of unproven Aboriginal claims and the adverse impact of proposed government actions on those claims in order to determine the depth of consultation required. Indeed, in this case, the duty to consult arises regarding rights that remain unproven: *Haida Nation*, at para. 37.

[86] The Ktunaxa reply that they must have relief now, for if development proceeds Grizzly Bear Spirit will flee Qat'muk long before they are able to prove their claim or establish it under the B.C. treaty process. We are not insensible to this point. But the solution is not for courts to make far-reaching constitutional declarations in the course of judicial review proceedings incidental to, and ill-equipped to determine, Aboriginal rights and title claims. Injunctive relief to delay the project may be available. Otherwise, the best that can be achieved in the uncertain interim while claims are resolved is to follow a fair and respectful process and work in good faith toward reconciliation. Claims should be identified early in the process and defined as clearly as possible. In most cases, this will lead to agreement and reconciliation. Where it does not, mitigating potential adverse impacts on the asserted right ultimately requires resolving questions about the existence and scope of unsettled claims as expeditiously as possible. For the Ktunaxa, this may seem unsatisfactory, indeed tragic. But in the difficult period between claim assertion and claim resolution, consultation and accommodation, imperfect as they may be, are the best available legal tools in the reconciliation basket.

[85] Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux, mais ils peuvent être appelés à évaluer la solidité à première vue de revendications autochtones non établies et l'effet préjudiciable de mesures gouvernementales proposées sur ces revendications afin de déterminer l'ampleur des consultations nécessaires. En effet, dans la présente affaire, l'obligation de consulter prend naissance à l'égard de droits qui ne sont toujours pas établis : *Nation haïda*, par. 37.

[86] Les Ktunaxa répliquent qu'ils doivent obtenir réparation maintenant parce que, si le projet va de l'avant, l'Esprit de l'Ours Grizzly fuira le Qat'muk bien avant qu'ils parviennent à établir le bien-fondé de leur revendication ou à le faire dans le cadre du processus des traités de la Colombie-Britannique. Nous ne sommes pas insensibles à ce point. Toutefois, la solution ne consiste pas pour les tribunaux à faire des déclarations constitutionnelles d'une portée considérable lors d'une procédure de contrôle judiciaire accessoire à des droits ancestraux et à des revendications de titre et mal conçue pour les trancher. Il est possible d'obtenir une injonction pour retarder l'exécution du projet. Sinon, le mieux que l'on puisse faire pendant la période d'incertitude temporaire où les revendications sont en voie de règlement, c'est de suivre un processus équitable et respectueux et de s'employer de bonne foi à parvenir à une réconciliation. Les revendications devraient être mentionnées tôt dans le processus et définies aussi clairement que possible. Dans la plupart des cas, une telle démarche mènera à un accord et à une conciliation. Dans les autres cas, pour atténuer les éventuels effets préjudiciables sur le droit revendiqué, il faudra, en dernière analyse, régler le plus rapidement possible les questions de l'existence et de la portée des revendications non encore établies. Pour les Ktunaxa, cette solution peut sembler insatisfaisante, voire tragique. Toutefois, lors de la difficile période allant de la présentation de la revendication à son règlement, la consultation et l'accommodement, aussi imparfaits soient-ils, demeurent les meilleurs outils juridiques dont ils disposent pour parvenir à une réconciliation.

[87] On the face of the matter, the Minister's decision that consultation sufficient to satisfy s. 35 had taken place does not appear to be unreasonable. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa, in the form of the Late-2009 Claim, adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that there was no point in further consultation given the new Ktunaxa position that no accommodation was possible and that only total rejection of the project would satisfy them. The process protected by s. 35 was at an end.

[88] We conclude that on its face, the record supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. However, it is necessary to consider the arguments advanced by the Ktunaxa in support of their position that this conclusion was unreasonable.

[89] The Ktunaxa in their factum say that the consultation process was inadequate to satisfy s. 35 because: (1) the government failed to properly characterize the right; (2) the government failed to comprehend the role of knowledge keepers, which contributed to the late disclosure of the true nature of the claim; (3) the government erroneously treated the spiritual right as weak; (4) the government failed to properly address the adverse impact of the project on the Ktunaxa's rights; (5) consultation was inadequate; and (6) no accommodation was made with respect to the spiritual right. The Ktunaxa point to errors and omissions in the Minister's Rationale, which they say show the unreasonableness of his conclusion that adequate s. 35 consultation occurred.

[87] Au vu du dossier, la conclusion du Ministre qu'il y avait eu consultation suffisante pour respecter l'art. 35 ne semble pas déraisonnable. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa, dans leur revendication de la fin de 2009, ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire vu la nouvelle position des Ktunaxa : aucun accommodement n'était possible et seul le rejet du projet dans son intégralité leur donnerait satisfaction. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

[88] Nous concluons que, de prime abord, le dossier étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Il est toutefois nécessaire d'examiner les arguments présentés par les Ktunaxa au soutien de leur thèse selon laquelle cette conclusion était déraisonnable.

[89] Dans leur mémoire, les Ktunaxa affirment que le processus de consultation était insuffisant pour respecter l'art. 35 car : (1) le gouvernement n'a pas décrit correctement le droit; (2) le gouvernement n'a pas compris le rôle des gardiens du savoir, qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication; (3) le gouvernement a qualifié à tort le droit spirituel de faible; (4) le gouvernement a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les droits des Ktunaxa; (5) la consultation était inadéquate; (6) le gouvernement ne s'est pas adapté au droit spirituel. Les Ktunaxa relèvent des erreurs et omissions dans les Motifs de la décision du Ministre qui, selon eux, témoignent du caractère déraisonnable de sa conclusion selon laquelle il y avait eu

Overall, the Ktunaxa say the process of consultation was flawed and did not fulfill the honour of the Crown or meet the goal of reconciliation. We will consider each of these submissions in turn. In this analysis we employ the term “spiritual” rather than “religious” only because this term was used by the parties in their submissions. As the chambers judge rightly noted (at para. 275), there is no issue here that the Ktunaxa’s system of spiritual beliefs constitutes a religion.

(a) *Failure to Properly Characterize the Right*

[90] The Ktunaxa say that while the right claimed was the right “to exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection” (A.F., at para. 112), the Minister erroneously characterized it as a right “to preclude permanent development” (*ibid.*, at para. 116). This mischaracterization, the Ktunaxa say, precluded proper consultation and accommodation. In short, the Ktunaxa say, the Minister viewed the Ktunaxa as making a claim to preclude development, instead of a making a claim to a spiritual right.

[91] The record does not support the contention that the Minister mischaracterized the right in this way. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the regulatory process and continued to be discussed throughout, leading to a number of accommodations. The Minister’s Rationale states:

With respect to the Ktunaxa Nation’s asserted spiritual interests in the area . . . the Consultation/Accommodation Summary notes how the Crown has endeavored to honourably give consideration to those interests, while at the same time applying the tests for determination of aboriginal rights as set out in relevant case law. [p. 122]

[92] The Consultation/Accommodation Summary states:

consultation adéquate au titre de l’art. 35. Somme toute, les Ktunaxa soutiennent que le processus de consultation était déficient, qu’il ne respectait pas le principe de l’honneur de la Couronne et qu’il ne permettait pas de réaliser l’objectif de réconciliation. Nous examinerons chacune de ces prétentions à tour de rôle. Dans cette analyse, nous employons l’adjectif « spirituel » au lieu de « religieux » uniquement parce qu’il s’agit du mot utilisé par les parties dans leur argumentation. Comme l’a signalé à juste titre le juge en chambre (au par. 275), il est acquis aux débats en l’espèce que le système de croyances spirituelles des Ktunaxa constitue une religion.

a) *Description erronée du droit*

[90] Les Ktunaxa disent que le droit revendiqué était celui [TRADUCTION] « de se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (m.a., par. 112), mais que le Ministre a erronément décrit ce droit comme « un droit d’empêcher tout aménagement permanent » (*ibid.*, par. 116). Selon les Ktunaxa, cette description erronée faisait obstacle à une consultation et à des mesures d’accommodement appropriées. En résumé, ils soutiennent que le Ministre a considéré qu’ils formulaient une revendication pour empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d’un droit spirituel.

[91] Le dossier n’étaye pas la prétention selon laquelle le Ministre a mal décrit ainsi le droit revendiqué. Les Ktunaxa ont évoqué des pratiques et intérêts spirituels au début du processus réglementaire et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus, ce qui a mené à un certain nombre de mesures d’accommodement. Dans ses Motifs, le Ministre écrit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts spirituels revendiqués par la Ktunaxa Nation à l’égard de la région [. . .] le Résumé des consultations et des mesures d’accommodement précise que la Couronne s’est efforcée de tenir compte honorablement de ces intérêts, tout en appliquant les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente pour déterminer les droits ancestraux. [p. 122]

[92] Le Résumé des consultations et des mesures d’accommodement indique :

With respect to an aboriginal rights claim, the Ministry has had to take the grizzly and spiritual values information presented and characterize it in terms of an aboriginal tradition, practice or activity that is integral to the culture of the Ktunaxa. In addition to the hunting, gathering and fishing rights claims discussed above, the Ministry has assessed the spiritual and cultural related information not as a rights claim to carry out a specific activity but more as a non-exclusive aboriginal right to ensure protection of Jumbo valley from permanent forms of development for the purposes of preserving a place for the spirit of the Grizzly bear which embodies a core spirit of the Ktunaxa people. The claim seems to amount to a right to preclude certain kinds of permanent development (excluding logging and other resource extraction which is more ephemeral) so that the grizzly and its spirit, together with the spirit of the Ktunaxa, can be maintained. [Emphasis added.]

(R.R. (Minister), at p. 115)

[93] It is clear from this and from many other statements throughout the process that the Minister understood that the Ktunaxa were claiming a broad spiritual right, not just a right to block development. It is also clear that the Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in the valley, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development.

[94] Moreover, the Late-2009 Claim did not change the nature of the spiritual interests in play. Rather, it attempted to include a specific *accommodation* — no permanent construction — as part of the asserted right. The characterization of an asserted right should not include any specific qualification of that right: *Mitchell*, at para. 23. These potential limitations are better examined in the consideration of adverse effects and the reasonableness of the accommodation, and are addressed below.

(b) *Failure to Understand the Role of Knowledge Keepers*

[95] The Ktunaxa say the Minister erred by failing to comprehend the role of the knowledge keepers.

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la revendication de droits ancestraux, le Ministère a dû examiner les renseignements sur les grizzlys et les valeurs spirituelles présentés et les décrire au regard d'une tradition, pratique ou activité ancestrale qui fait partie intégrante de la culture des Ktunaxa. En plus des droits revendiqués de chasse, de cueillette et de pêche déjà examinés, le Ministère a considéré les renseignements liés à la spiritualité et à la culture non pas comme une revendication de droits d'exercer une activité particulière, mais plutôt comme une revendication de droits ancestraux non exclusifs pour protéger la vallée Jumbo contre toute forme d'aménagement permanent en vue de préserver un lieu pour l'Esprit de l'Ours Grizzly, qui incarne un esprit fondamental du peuple des Ktunaxa. La revendication semble équivaloir à un droit d'empêcher certains types d'aménagement permanent (mais exclut des activités plus éphémères comme l'exploitation forestière et l'extraction de ressources) pour permettre de préserver le grizzly et son esprit ainsi que l'esprit des Ktunaxa. [Nous soulignons.]

(d.i. (Ministre), p. 115)

[93] Il ressort de ces documents et de beaucoup d'autres déclarations faites tout au long du processus que le Ministre comprenait que les Ktunaxa revendiquaient un large droit spirituel, et pas uniquement un droit d'empêcher tout aménagement. De même, le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans la vallée, alors que l'aménagement proposé chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa.

[94] Qui plus est, la revendication de la fin de 2009 n'a pas modifié la nature des intérêts spirituels en jeu. Elle visait plutôt à intégrer au droit revendiqué un *accommodement* précis, l'absence d'installation permanente. La définition d'un droit revendiqué ne devrait pas assortir celui-ci de restrictions précises : *Mitchell*, par. 23. Il vaut mieux examiner ces limites potentielles dans l'analyse des effets préjudiciables et du caractère raisonnable de l'accommodement et elles sont abordées ci-après.

(b) *Incompréhension du rôle des gardiens du savoir*

[95] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a commis une erreur en ne saisissant pas le rôle des

This criticism is based on a statement in the Rationale that “details of the spiritual interest in the valley have not been shared with or known by the general Ktunaxa population” (p. 122). This led the Minister to question “whether any of these values can take the shape of a constitutionally protected aboriginal right”, they contend (*ibid.*).

[96] The Minister’s query does not establish that the Minister misunderstood the secrecy imperative. The Rationale makes it clear that the Minister understood the special role of knowledge keepers, and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with the population or outsiders. The Minister refers to “spiritual information” which has been imparted to him “in a trusting way”: Rationale, at p. 122. The need for knowledge keepers to keep details of spiritual beliefs secret was made plain to the Minister during the regulatory process, and in particular at his meeting in Cranbrook with knowledge keeper Mr. Luke and other Ktunaxa members in September 2009. The record is clear that the Ktunaxa at this meeting advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about spiritual values, and that only Mr. Luke could speak to these matters. Nothing in the Rationale suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred.

(c) *Treating the Constitutional Right as Weak*

[97] The Ktunaxa argue that the Minister treated their claimed spiritual interest in Qat’muk as weak. If the Crown significantly undervalues the Aboriginal right at stake, this may render a decision adverse to that interest reviewable: *Haida Nation*, at para. 63.

[98] The Minister took account of numerous asserted Aboriginal rights including the right to gather, the right to hunt and fish, and the right to Aboriginal title: Rationale, at p. 122. The Minister’s assessment

gardiens du savoir. Cette critique repose sur une affirmation faite dans les Motifs : [TRADUCTION] « . . . des détails de l’intérêt spirituel de la vallée n’ont pas été communiqués à la population générale des Ktunaxa ou n’étaient pas connus d’elle » (p. 122), ce qui avait amené, aux dires des Ktunaxa, le Ministre à se demander « si l’une ou l’autre de ces valeurs peut prendre la forme d’un droit ancestral garanti par la Constitution » (*ibid.*).

[96] L’interrogation du Ministre ne prouve pas qu’il a mal compris l’impératif du secret. Les Motifs indiquent clairement que le Ministre a compris le rôle particulier des gardiens du savoir et a accepté que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à la population ou aux gens de l’extérieur. Le Ministre renvoie aux [TRADUCTION] « renseignements spirituels » qui lui ont été fournis « sous le sceau de la confiance » : Motifs, p. 122. On a clairement expliqué au Ministre que les gardiens du savoir devaient garder secrets certains détails des croyances spirituelles lors du processus réglementaire, et notamment lors de sa réunion à Cranbrook avec le gardien du savoir M. Luke et d’autres membres des Ktunaxa en septembre 2009. Le dossier indique clairement qu’à cette réunion, les Ktunaxa ont informé le Ministre que seuls certains membres de la communauté, les gardiens du savoir, possédaient des renseignements sur les valeurs spirituelles, et que seul M. Luke pouvait en parler. Rien dans les Motifs ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu’il y avait eu une consultation adéquate.

c) *Qualifier le droit constitutionnel de faible*

[97] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a qualifié de faible l’intérêt spirituel qu’ils revendiquent à l’égard du Qat’muk. Si la Couronne sous-estime grandement le droit ancestral en jeu, cela peut rendre susceptible de contrôle une décision défavorable à ce droit : *Nation haïda*, par. 63.

[98] Le Ministre a tenu compte de nombreux droits ancestraux revendiqués, y compris ceux de cueillette, de chasse et de pêche ainsi que le droit au titre ancestral : Motifs, p. 122. L’appréciation par le Ministre

of the strength of these asserted rights and the consultation and accommodation flowing from them are not in dispute in this case. The main issue of contention is, rather, the Minister's appreciation and weighing of the spiritual significance of Qat'muk, particularly following the Ktunaxa's advancement of the Late-2009 Claim.

[99] The Minister at one point in his Rationale did indeed refer to the spiritual claim as "weak", stating that it had not been shown to be part of a pre-contact practice integral to the Ktunaxa culture, and that it had not been shared with and was not known to the general Ktunaxa population (p. 122). This comment may seem at odds with the Minister's statement later in the Rationale that "[o]verall, the consultation applied in this case is at the deep end of the consultation spectrum" (p. 123). The explanation for this apparent tension lies in the fact that when the Minister described the claim as "weak" early in the Rationale he had in mind the Late-2009 Claim that the resort development could not proceed because this would drive out Grizzly Bear Spirit and irrevocably impair the foundation of the Ktunaxa spiritual practices. The Minister was not here referring to the broader claim to spiritual values in Qat'muk. This is apparent from the Minister's statement that the claim he characterized as "weak" had not been shared with and was not known to the Ktunaxa population generally. It is also supported by the Minister's reference to deep consultation being adequate "in respect of those rights for which the strength of the claim is strong" (p. 123). We view the Rationale as indicating that the Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the Late-2009 Claim.

[100] Even if the Minister had accepted the Ktunaxa's characterization of the Late-2009 Claim as a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection", it still

de la solidité de ces droits revendiqués ainsi que de la consultation et des accommodements qui en découlent ne sont pas en litige dans la présente affaire. Le nœud principal du débat est plutôt l'évaluation et la pondération qu'a faites le Ministre de l'importance spirituelle du Qat'muk, surtout après que les Ktunaxa eurent fait valoir la revendication de la fin de 2009.

[99] Dans ses Motifs, le Ministre a bel et bien qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication de nature spirituelle, expliquant qu'on n'avait pas démontré que la pratique faisait partie intégrante de la culture des Ktunaxa avant leur contact avec les Européens et que la population générale des Ktunaxa n'avait pas été informée de son existence et ne la connaissait pas (p. 122). Cette remarque paraît peut-être contraire à la déclaration ultérieure du Ministre selon laquelle « [d]ans l'ensemble, la consultation effectuée en l'espèce se situe à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Cette contradiction apparente peut s'expliquer par le fait que, lorsque le Ministre a qualifié la revendication de « faible » au début de ses Motifs, il avait à l'esprit la revendication de la fin de 2009 selon laquelle l'aménagement de la station de ski ne pouvait aller de l'avant parce qu'il chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et porterait atteinte irrémédiablement au fondement des pratiques spirituelles des Ktunaxa. Le Ministre ne parlait pas ici de la revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk. C'est ce qui ressort de la déclaration du Ministre selon laquelle la revendication qu'il a qualifiée de « faible » n'avait pas été communiquée à la population générale des Ktunaxa et celle-ci n'était pas au courant de son existence. Le point de vue du Ministre est aussi étayé par sa remarque selon laquelle des consultations approfondies étaient adéquates « à l'égard de ces droits qui reposent sur une preuve solide » (p. 123). D'après nous, les Motifs indiquent que le Ministre a jugé solide la revendication générale de nature spirituelle, mais qu'il avait des doutes quant à la solidité de la revendication de la fin de 2009.

[100] Même si le Ministre avait partagé l'avis des Ktunaxa selon lequel la revendication de la fin de 2009 visait le droit d'[TRADUCTION] « exercer des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré

would have been reasonable to find this aspect of the Ktunaxa's overall claim weak: C.A. reasons, at para. 81. As the Minister noted, in the negotiations the Ktunaxa did not advise the Crown of "specific spiritual practices": R.R. (Minister), at p. 113; see also chambers judge's reasons, at para. 212. As such, the Minister did not have evidence that the Ktunaxa were asserting a particular practice that took place in Qat'muk prior to contact. The Late-2009 Claim seemed designed to require a particular accommodation rather than to assert and support a particular pre-contact practice, custom, or tradition that took place on the territory in question.

(d) *Failure to Properly Assess the Adverse Impact of the Development on the Spiritual Right*

[101] The Ktunaxa assert that because the Minister mischaracterized the asserted right, he "could not have properly assessed the ski resort's adverse impact on the right": A.F., at para. 123. The Ktunaxa do not point to anything said by the Minister, but reference para. 83 of the Court of Appeal reasons.

[102] The record supports the view that, after June 2009, the Minister understood the Ktunaxa position that any construction of permanent accommodation on the resort site would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and undermine the basis of their spiritual beliefs and practices. The Court of Appeal in the criticized passage summarized the adverse impact issue as follows, using the description provided by the Ktunaxa themselves in the Qat'muk Declaration, and concluded that the Minister understood the adverse impact from the Ktunaxa perspective:

In this case, the "adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue" concerns the spiritual consequences that follow from permitting development of the Proposed Resort in the Qat'muk area. In the Qat'muk declaration, this is the adverse impact that the Ktunaxa describe:

dont la protection est requise », il aurait néanmoins été raisonnable de juger faible cet aspect de la revendication générale des Ktunaxa : motifs de la C.A., par. 81. Comme l'a fait remarquer le Ministre, les Ktunaxa n'ont pas informé la Couronne de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier » lors des négociations : d.i. (Ministre), p. 113; voir aussi les motifs du juge en chambre, par. 212. En conséquence, le Ministre ne disposait pas de preuve que les Ktunaxa faisaient valoir une pratique exercée dans le Qat'muk avant le contact avec les Européens. La revendication de la fin de 2009 semblait avoir pour objet d'exiger un accommodement donné plutôt que de faire valoir et d'appuyer une pratique, coutume ou tradition précontact sur le territoire en question.

d) *Mauvaise évaluation de l'effet préjudiciable du projet sur le droit spirituel*

[101] Les Ktunaxa affirment que le Ministre [TRADUCTION] « ne pouvait pas avoir correctement évalué l'effet préjudiciable de la station de ski sur le droit revendiqué » (m.a., par. 123) puisqu'il a mal décrit ce droit. Ils ne renvoient à aucune observation du Ministre, mais plutôt au par. 83 des motifs de la Cour d'appel.

[102] Le dossier permet de dire qu'après juin 2009, le Ministre a compris la position des Ktunaxa selon laquelle toute installation d'hébergement permanente construite sur le site de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et minerait le fondement de leurs croyances et pratiques spirituelles. La Cour d'appel a résumé ainsi la question de l'effet préjudiciable, en renvoyant à la description fournie par les Ktunaxa eux-mêmes dans la déclaration sur le Qat'muk, et a conclu que le Ministre a saisi l'effet préjudiciable du point de vue des Ktunaxa :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les « effets préjudiciables découlant de la proposition précise de la Couronne » concernent les conséquences spirituelles qui découlent de l'autorisation de l'aménagement de la station de ski proposée dans la région du Qat'muk. Dans la déclaration sur le Qat'muk, voici l'effet préjudiciable que décrivent les Ktunaxa :

The refuge and buffer areas will not be shared with those who engage in activities that harm or appropriate the spiritual nature of the area. These activities include, but are not limited to:

- The construction of buildings or structures with permanent foundations;
- Permanent occupation of residences.

To further safeguard spiritual values, no disturbances or alteration of the ground will be permitted within the refuge area.

In my view, the Minister reasonably characterized the above adverse impact on the s. 35 right as concerning the impact of development of the Proposed Resort on the Ktunaxa and, in particular, as a claim that development in the Qat'muk area was fundamentally inimical to their belief. [paras. 83-84]

[103] We agree with the Court of Appeal on this point. The record does not support the view that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual claim.

(e) *Inadequate Consultation on the Asserted Right*

[104] The overall contention of the Ktunaxa is that the Crown did not offer sufficient consultation on their asserted right. It is possible for a decision maker to mischaracterize a right and still fulfill the duty to consult: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 38-39. Thus, even in the face of any alleged mischaracterization or undervaluing, the key question is the level of consultation regarding the asserted right.

[105] We are satisfied that the Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge (at para. 233) and the Court of Appeal (at para. 86) and we would not disturb that finding.

Les aires de refuge et les zones tampons ne seront pas partagées avec ceux qui se livrent à des activités nuisant à la nature spirituelle du secteur ou la faisant disparaître. Ces activités comprennent :

- la construction d'immeubles ou d'installations comportant des fondations permanentes;
- l'occupation permanente de résidences.

Pour mieux sauvegarder les valeurs spirituelles, aucune perturbation ou modification du sol ne sera permise dans l'aire de refuge.

À mon avis, le Ministre a raisonnablement décrit l'effet préjudiciable susmentionné sur le droit reconnu à l'art. 35 comme concernant les répercussions de l'aménagement de la station de ski proposée sur les Ktunaxa et, en particulier, comme visant l'aménagement dans la région du Qat'muk, lequel allait fondamentalement à l'encontre de leur croyance. [par. 83-84]

[103] Nous partageons l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Le dossier n'étaye pas l'opinion selon laquelle le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur la revendication de nature spirituelle.

(e) *Consultation inadéquate à propos du droit revendiqué*

[104] De façon générale, les Ktunaxa font valoir que les consultations offertes par la Couronne au sujet du droit qu'ils revendiquent n'étaient pas suffisantes. Il se peut qu'un décideur décrive mal un droit et s'acquitte néanmoins de l'obligation de consulter : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 38-39. Donc, même en présence d'une prétendue mauvaise description ou sous-évaluation, la question clé est l'ampleur de la consultation au sujet du droit revendiqué.

[105] Nous sommes convaincus que le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre (par. 233) et par la Cour d'appel (par. 86) et nous ne sommes pas d'avis de modifier cette conclusion.

[106] Regarding the Late-2009 Claim that no permanent construction be built, the Ktunaxa argue that the Minister wrongly ended the consultation on June 3, 2009. There is a contradiction, it is argued, between the Minister's June 3, 2009 letter expressing the view that the s. 35 consultation process had been completed, and the chambers judge's conclusion that when post-2009 consultations were considered in the context of the extensive prior consultation, "the Minister's consultation in respect of the Ktunaxa's asserted spiritual claims was reasonable and appropriate": A.F., at para. 128, citing chambers judge's reasons, at para. 232; see also A.F., at para. 129.

[107] This argument takes the Minister's letter stating that he considered sufficient consultation had taken place by June 3, 2009 out of context and fails to take account of what the Minister actually said. The letter was written at a time when the sacred value of Jumbo Valley was no longer listed as an outstanding issue for the Ktunaxa's agreement, and before the Late-2009 Claim. Negotiations with the Ktunaxa had been going well, and the Minister reasonably believed that the only outstanding matters were unrelated to the Ktunaxa rights claims. The Minister's letter therefore advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were interest-based.

[108] Five days later, on June 8, 2009, the Ktunaxa responded to this letter with a list of concerns, not including the sacred nature of the area. At meetings the next day, however, the Ktunaxa refocused on the sacred nature of the site and asked for more consultation on this issue. The Minister agreed to this, and lengthy in-depth consultations on this new spiritual claim took place, including the meeting between the Minister himself and knowledge keeper Mr. Luke, in Cranbrook in September. The Minister sent the Ktunaxa a "Consultation/Accommodation Summary" that included a description of the consultation and accommodation efforts specifically

[106] En ce qui concerne la revendication de la fin de 2009 qu'aucune installation permanente ne soit érigée, les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a mis fin à tort aux consultations le 3 juin 2009. D'après eux, il existe une contradiction entre la lettre du Ministre datée du 3 juin 2009 dans laquelle il se dit d'avis que le processus de consultation au titre de l'art. 35 était terminé, et la conclusion du juge en chambre selon laquelle, si l'on examinait les consultations postérieures à 2009 eu égard à la poursuite de la consultation antérieure approfondie, [TRADUCTION] « les consultations du Ministre au sujet des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa étaient raisonnables et appropriées » : m.a., par. 128, citant les motifs du juge en chambre, par. 232; voir aussi le m.a., par. 129.

[107] Cet argument sort de son contexte la lettre dans laquelle le Ministre a jugé suffisantes les consultations menées jusqu'au 3 juin 2009 et ne tient pas compte de ce qu'il a réellement dit. La lettre avait été écrite à l'époque où la valeur sacrée de la vallée Jumbo ne figurait plus parmi les questions non réglées en vue de l'assentiment des Ktunaxa et avant la revendication de la fin de 2009. Les négociations avec les Ktunaxa allaient bon train, et le Ministre croyait raisonnablement que les seules questions non réglées étaient étrangères aux revendications de droits des Ktunaxa. Le Ministre a par conséquent informé dans sa lettre les Ktunaxa qu'à son avis il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées portaient principalement sur des intérêts.

[108] Cinq jours plus tard, le 8 juin 2009, les Ktunaxa ont répondu à cette lettre en énumérant des sujets de préoccupation, mais non la nature sacrée de la région. Aux réunions tenues le lendemain, les Ktunaxa ont toutefois mis à nouveau l'accent sur la nature sacrée du lieu et demandé des consultations supplémentaires à ce sujet, ce que le Ministre a accepté de faire. De longues consultations approfondies sur cette nouvelle revendication d'ordre spirituel ont eu lieu, y compris une réunion en septembre, à Cranbrook, entre le Ministre lui-même et M. Luke, le gardien du savoir. Le Ministre a envoyé aux Ktunaxa un « Résumé des consultations et des

related to the Late-2009 Claim and invited them to comment on it. He then met with them and revisions were made to the document. Consultation continued until the Ktunaxa issued the Qat'muk Declaration in November 2010 declaring that no accommodation was possible and that the only point of further discussions was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. Even after this, the Minister sought further consultation, without success.

[109] There is no contradiction between the Minister's letter on June 3, 2009 and the chambers judge's conclusion that negotiations from 2009 onwards indicated deep consultation on the Late-2009 Claim. On June 3, that claim was not in play. Six days later, with the Ktunaxa change of position, it assumed central importance, and renewed consultation focused on this issue ensued.

[110] The Ktunaxa also contend that the courts below relied too much on the length of the consultation process. We agree that adequacy of consultation is not determined by the length of the process, although this may be a factor to be considered. While the Minister's Rationale mentions two decades of consulting, there is no evidence that he made his decision simply because he felt the process had gone on too long. Rather, it was clear to all by the spring of 2012 that given the position of the Ktunaxa, more consultation would be fruitless.

[111] Finally, the Ktunaxa assert that although the Minister may have undertaken deep consultation on other issues, he did not engage in deep consultation with respect to the Late-2009 Claim. We cannot agree. Even after the Ktunaxa said further

mesures d'accommodement » qui comportait une description des consultations et des mesures d'accommodement se rapportant expressément à la revendication de la fin de 2009 et les invitait à commenter le résumé. Il les a ensuite rencontrés et des modifications ont été apportées au document. Les consultations se sont poursuivies jusqu'à la déclaration sur le Qat'muk des Ktunaxa en novembre 2010 portant qu'aucun accommodement n'était possible et que la seule raison pour laquelle il serait justifié de poursuivre les discussions serait de faire comprendre aux décideurs pourquoi le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Même après ce revirement, le Ministre a cherché à poursuivre les consultations, mais en vain.

[109] Il n'y a aucune contradiction entre la lettre écrite le 3 juin 2009 par le Ministre et la conclusion du juge en chambre selon laquelle les négociations menées à partir de 2009 avaient comporté des consultations approfondies sur la revendication de la fin de 2009. Le 3 juin, cette revendication n'était pas en jeu. Six jours plus tard, étant donné le changement de position des Ktunaxa, elle revêtait une importance capitale, et de nouvelles consultations axées sur cet enjeu ont suivi.

[110] Les Ktunaxa soutiennent également que les cours d'instance inférieure se sont appuyées trop fortement sur la longueur du processus de consultation. Nous convenons que ce n'est pas la longueur du processus qui détermine le caractère adéquat de la consultation, même s'il peut s'agir d'un facteur à prendre en considération. Bien que le Ministre mentionne dans ses Motifs les deux décennies de consultations, rien ne prouve qu'il a rendu sa décision simplement parce qu'il estimait que le processus avait trop duré. Au contraire, il était clair pour tous au printemps 2012 que la poursuite des consultations serait vaine étant donné la position des Ktunaxa.

[111] Enfin, les Ktunaxa affirment que, bien que le Ministre se soit peut-être livré à des consultations approfondies sur d'autres enjeux, il ne l'a pas fait à l'égard de la revendication de la fin de 2009. Nous ne pouvons souscrire à cette affirmation. En

consultation was pointless, the Minister persisted in attempts to consult.

(f) *Failure to Accommodate the Asserted Right*

[112] As a consequence of the lengthy regulatory process, many accommodations were made with respect to Ktunaxa spiritual concerns. These included specific changes to protect the grizzly population in Qat'muk — the west chair lift was removed because of the grizzly bear population in that area and the resort was confined to the upper half of the valley — as well as extensive environmental reserves and monitoring. The findings of the chambers judge on this point (at para. 236) have not been impugned.

[113] The Ktunaxa say these changes were inadequate: “Changes to the ski resort were measures required by economic, environmental and wildlife protection concerns and, while they do set out some limited protection for grizzly bears, there was no accommodation to address the ability of the Ktunaxa to carry on their spiritual practices dependent upon Grizzly Bear Spirit”: A.F., at para. 133; see generally paras. 133-38.

[114] In point of fact, there was no evidence before the Minister of “specific spiritual practices”. It is true, of course, that the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project. It does not follow, however, that the Crown failed to meet its obligation to consult and accommodate. The s. 35 right to consultation and accommodation is a right to a process, not a right to a particular outcome: *Haida Nation*. While the goal of the process is reconciliation of the Aboriginal and state interest, in some cases this may not be possible. The process is one of “give and take”, and outcomes are not guaranteed.

effet, même après que les Ktunaxa eurent dit qu’il ne servait à rien de poursuivre les consultations, le Ministre a continué de tenter de les consulter.

f) *Omission de s’adapter au droit revendiqué*

[112] Le long processus réglementaire s’est soldé par la prise de nombreuses mesures d’accommodement à l’égard des préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa. Entre autres, on a apporté des changements précis pour protéger la population de grizzlys dans le Qat’muk, le remonte-pente ouest a été retiré en raison de la présence de grizzlys dans le secteur et la station de ski a été confinée à la moitié supérieure de la vallée, sans compter la création et la surveillance de réserves environnementales d’envergure. Les conclusions du juge en chambre sur ce point (par. 236) n’ont pas été contestées.

[113] Selon les Ktunaxa, ces modifications étaient inadéquates : [TRADUCTION] « Les modifications apportées à la station de ski étaient des mesures nécessaires en raison de préoccupations économiques, environnementales et de protection de la faune et, s’il est vrai qu’elles prévoient effectivement une protection limitée des grizzlys, elles ne proposent rien au sujet de la capacité des Ktunaxa à poursuivre leurs pratiques spirituelles tributaires de la présence de l’Esprit de l’Ours Grizzly » : m.a., par. 133; voir de façon générale les par. 133-138.

[114] Dans les faits, le Ministre n’avait aucune preuve de l’existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier ». Il est vrai, bien sûr, que le Ministre n’a pas offert la mesure d’accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski. Il ne s’ensuit toutefois pas que la Couronne a failli à son obligation de consulter et d’accommoder. Le droit de consultation et d’accommodement reconnu à l’art. 35 est un droit à un processus, et non un droit à un résultat précis : *Nation haïda*. Bien que l’objectif du processus soit la conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de l’État, il n’est pas toujours possible d’y parvenir. Le processus en est un de « concessions mutuelles », et les résultats ne sont pas garantis.

VI. Conclusion

[115] The Minister’s decision did not violate the Ktunaxa’s freedom of religion as their claim does not fall within the scope of s. 2(a) of the *Charter*. The Minister’s conclusion that consultation sufficient to satisfy s. 35 of the *Constitution Act, 1982* had occurred has not been shown to be unreasonable. For these reasons, we would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[116] The Ktunaxa are an Aboriginal people who inhabit parts of southeastern British Columbia. They claim that the decision by the provincial Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations (“Minister”) to approve a ski resort development infringes their right to religious freedom under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and constitutes a breach of the Crown’s duty to consult pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[117] I agree with the Chief Justice and Rowe J. that the Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 was met. Respectfully, however, I disagree with my colleagues’ s. 2(a) analysis. In my view, the Ktunaxa’s right to religious freedom was infringed by the Minister’s decision to approve the development of the ski resort proposed by the respondent Glacier Resorts Ltd. The Ktunaxa hold as sacred several sites within their traditional lands, and they revere multiple spirits in their religion. The Ktunaxa believe that a very important spirit in their religious tradition, Grizzly Bear Spirit, inhabits Qat’muk, a body of sacred land that lies at the heart of the proposed ski resort. The development of the ski resort would desecrate Qat’muk and cause Grizzly Bear Spirit to leave, thus severing the Ktunaxa’s connection to the

VI. Conclusion

[115] La décision du Ministre n’a pas violé la liberté de religion des Ktunaxa car leur revendication ne relève pas de l’al. 2a) de la *Charte*. On n’a pas démontré le caractère déraisonnable de la conclusion du Ministre qu’il y avait eu une consultation suffisante pour respecter l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Vue d’ensemble

[116] Les Ktunaxa forment un peuple autochtone qui habite certains secteurs du sud-est de la Colombie-Britannique. Selon eux, la décision de l’intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), d’approuver l’aménagement d’une station de ski porte atteinte au droit à la liberté de religion que leur garantit l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et constitue un manquement à l’obligation de consultation imposée à la Couronne par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[117] Je conviens avec la Juge en chef et le juge Rowe que le Ministre a raisonnablement conclu à l’acquittement de l’obligation de consulter et d’accommoder les Ktunaxa prévue à l’art. 35. En revanche, je ne peux malheureusement faire mienne leur analyse fondée sur l’al. 2a). À mon avis, la décision du Ministre d’approuver l’aménagement de la station de ski proposée par l’intimée Glacier Resorts Ltd. a porté atteinte au droit des Ktunaxa à la liberté de religion. Les Ktunaxa tiennent pour sacrés plusieurs secteurs de leur territoire traditionnel et la vénération de nombreux esprits fait partie de leur religion. Ils croient qu’un esprit fort important dans leur tradition religieuse, l’Esprit de l’Ours Grizzly, habite le Qat’muk, un lieu sacré qui se situe au cœur de la station de ski proposée. L’aménagement de la station de ski profanerait le Qat’muk et ferait fuir

land. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. All songs, rituals and ceremonies associated with Grizzly Bear Spirit would become meaningless.

[118] In my respectful view, where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her *religious* beliefs, constituting an infringement of s. 2(a). That is exactly what happened in this case. The Minister's decision to approve the ski resort will render all of the Ktunaxa's religious beliefs related to Grizzly Bear Spirit devoid of any spiritual significance. Accordingly, the Ktunaxa will be unable to perform songs, rituals or ceremonies in recognition of Grizzly Bear Spirit in a manner that has any religious significance for them. In my view, this amounts to a s. 2(a) breach.

[119] That being said, I am of the view that the Minister proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(a) right with the relevant statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. The Minister was faced with two options: approve the development of the ski resort or grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of Crown land. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. If he granted this right of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives. In the end, it is apparent that he determined that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa the veto right that they were seeking.

[120] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that his decision was reasonable.

l'Esprit de l'Ours Grizzly, rompant par le fait même le lien entre les Ktunaxa et la terre. Ces derniers seraient ainsi privés de ses conseils et de son assistance spirituels. L'ensemble des chansons, rites et cérémonies associés à l'Esprit de l'Ours Grizzly perdrait tout leur sens.

[118] À mon humble avis, la conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances *religieuses*, ce qui constitue une contravention à l'al. 2a). C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La décision du Ministre d'approuver la station de ski privera de toute signification spirituelle l'ensemble des croyances religieuses des Ktunaxa touchant l'Esprit de l'Ours Grizzly. Par conséquent, les Ktunaxa ne pourront pas interpréter des chansons, se livrer à des rituels ou tenir des cérémonies en l'honneur de l'Esprit de l'Ours Grizzly d'une manière qui a une signification religieuse à leurs yeux. À mon avis, il s'agit là d'une violation de l'al. 2a).

[119] Cela dit, j'estime que le Ministre a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) et les objectifs pertinents de la loi : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Deux choix se présentaient au Ministre : approuver l'aménagement de la station de ski ou conférer aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres de la Couronne. Le Ministre se retrouvait donc dans une situation difficile, voire impossible. S'il conférait ce droit d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans l'atteinte des objectifs que lui confie la loi, voire l'empêcherait d'atteindre ces objectifs. Au bout du compte, il a manifestement décidé que la réalisation de son mandat législatif l'empêchait d'accorder aux Ktunaxa le droit de veto qu'ils réclamaient.

[120] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que sa décision était raisonnable. Elle

It limited the Ktunaxa’s right “as little as reasonably possible” given these statutory objectives (*Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 40), and amounted to a proportionate balancing. I would therefore dismiss the appeal.

II. Analysis

A. *Section 2(a) of the Charter*

(1) The Scope of Section 2(a)

[121] All *Charter* rights — including freedom of religion under s. 2(a) — must be interpreted in a broad and purposive manner (*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 20; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 179, per McLachlin J. (as she then was)). As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, the interpretation of freedom of religion must be a “generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter’s protection” (emphasis added). The interpretation of s. 2(a) must therefore be guided by its purpose, which is to “ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one’s perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759).

[122] In light of this purpose, this Court has articulated a two-part test for determining whether s. 2(a) has been infringed. The claimant must show: (1) that he or she sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) that the impugned conduct interferes with the claimant’s ability to act in accordance with that belief or practice “in a manner that is more than trivial or insubstantial” (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 59 (emphasis deleted); *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu de ces objectifs visés par la loi (*École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 40), et était le fruit d’une mise en balance proportionnée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Analyse

A. *Alinéa 2a) de la Charte*

(1) La portée de l’al. 2a)

[121] Tous les droits garantis par la *Charte* — notamment la liberté de religion reconnue à l’al. 2a) — doivent recevoir une interprétation libérale et téléologique (*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 20; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Comme l’a dit la Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, l’interprétation de la liberté de religion doit être « libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (je souligne). L’interprétation de l’al. 2a) doit donc tenir compte de son objet, qui est d’« assurer que la société ne s’ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu’on a de soi, de l’humanité, de la nature et, dans certains cas, d’un être supérieur ou différent » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759).

[122] À la lumière de cet objet, la Cour a formulé un critère à deux volets permettant de décider s’il y a eu contravention à l’al. 2a). Le demandeur doit démontrer : (1) qu’il croit sincèrement à une croyance ou à une pratique ayant un lien avec la religion et (2) que la conduite reprochée nuit « d’une manière plus que négligeable ou insignifiante » à sa capacité de se conformer à cette croyance ou pratique (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 59 (soulignement omis); *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

[123] The first part of the test is not at issue in this case. None of the parties dispute that the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit lives in Qat'muk, and that any permanent development would drive Grizzly Bear Spirit out, desecrate the land and sever the Ktunaxa's spiritual connection to it. The central issue raised by this appeal concerns the second part of the test. The Chief Justice and Rowe J. maintain that the Minister's decision does not interfere with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices. With respect, I disagree. As I will explain, in my view, the Minister's decision interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs and practices in a manner that is more than trivial or insubstantial, and the Ktunaxa's claim therefore falls within the scope of s. 2(a).

(2) The Ability to Act in Accordance With a Religious Belief or Practice

[124] As indicated, the s. 2(a) inquiry focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. This Court has recognized that religious beliefs are “deeply held personal convictions . . . integrally linked to one's self-definition and spiritual fulfilment”, while religious practices are those that “allow individuals to foster a connection with the divine” (*Amselem*, at para. 39). In my view, where a person's religious belief no longer provides spiritual fulfillment, or where the person's religious practice no longer allows him or her to foster a connection with the divine, that person cannot act in accordance with his or her *religious* beliefs or practices, as they have lost all religious significance. Though an individual could still publicly profess a specific belief, or act out a given ritual, it would hold no religious significance for him or her.

[125] The same holds true of a person's ability to pass on beliefs and practices to future generations. This Court has recognized that the ability of a religious community's members to pass on their beliefs to their children is an essential aspect of religious

[123] Le premier volet du critère n'est pas en litige dans la présente affaire. Aucune des parties ne conteste le fait que les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly vit dans le Qat'muk et que tout aménagement permanent en chasserait cet esprit, profanerait le terrain et romprait le lien spirituel qui l'unit aux Ktunaxa. La question principale soulevée par le présent pourvoi touche le second volet du critère. La Juge en chef et le juge Rowe affirment que la décision du Ministre ne nuit pas à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Comme je l'expliquerai, la décision du Ministre me semble nuire d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, et la revendication des Ktunaxa relève donc de l'al. 2a).

(2) La capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse

[124] Rappelons que l'analyse fondée sur l'al. 2a) s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La Cour a reconnu que les croyances religieuses sont « de profondes [. . .] convictions volontaires, [. . .] qui sont intégralement liées à la façon dont [l'individu] se définit et s'épanouit spirituellement », tandis que les pratiques religieuses « permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin » (*Amselem*, par. 39). À mon avis, si la croyance religieuse d'une personne ne lui offre plus d'épanouissement spirituel, ou si sa pratique religieuse ne lui permet plus de communiquer avec l'être divin, cette personne ne peut se conformer à ses croyances ou pratiques *religieuses*, car elles ont perdu toute signification religieuse. Bien qu'une personne puisse toujours professer une croyance en particulier ou s'adonner à un rite donné, cette croyance ou ce rite n'aurait aucune signification religieuse pour elle.

[125] Il en va de même de la capacité d'une personne de transmettre des croyances et des pratiques aux générations futures. La Cour a reconnu que la capacité des membres d'une communauté religieuse de transmettre leurs croyances à leurs enfants est un

freedom protected under s. 2(a) (*Loyola*, at paras. 64 and 67). Where state action has rendered a certain belief or practice devoid of spiritual significance, this interferes with one's ability to pass on that tradition to future generations, as there would be no reason to continue a tradition that lacks spiritual significance.

[126] Therefore, where the spiritual significance of beliefs or practices has been taken away by state action, this interferes with an individual's ability to act in accordance with his or her religious beliefs or practices — whether by professing a belief, engaging in a ritual, or passing traditions on to future generations.

[127] This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. The connection to the physical world, specifically to land, is a central feature of Indigenous religions. Indeed, as M. L. Ross explains, “First Nations spirituality and religion are rooted in the land” (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), at p. 3 (emphasis added)). In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices in the sense that a church, mosque or holy site might be; land may *itself* be sacred, in the sense that it is where the divine manifests itself. Unlike in Judeo-Christian faiths, for example, where the divine is considered to be supernatural, the spiritual realm in the Indigenous context is inextricably linked to the physical world. For Indigenous religions, state action that impacts land can therefore sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of their spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with a believer's ability to act in accordance with his or her religious beliefs and practices.

[128] Taking this feature of Indigenous religions into account is therefore critical in assessing whether there has been a s. 2(a) infringement. The principle of state neutrality requires that the state not favour or

aspect essentiel de la liberté de religion protégé par l'al. 2a) (*Loyola*, par. 64 et 67). Lorsqu'une mesure étatique prive de toute signification spirituelle une certaine croyance ou pratique, cela nuit à la capacité d'une personne de transmettre cette tradition aux générations futures, car il ne servirait à rien de poursuivre une tradition dénuée de signification spirituelle.

[126] Ainsi, lorsqu'une mesure étatique enlève à des croyances ou pratiques leur signification spirituelle, cela nuit à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses, que ce soit en professant une croyance, en se livrant à un rite ou en transmettant des traditions aux générations futures.

[127] Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Le lien au monde concret, particulièrement à la terre, est un élément primordial des religions autochtones. En effet, comme l'explique M. L. Ross, [TRADUCTION] « la spiritualité et la religion des Premières Nations sont ancrées dans la terre » (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), p. 3 (je souligne)). Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles au même titre que peut l'être une église, une mosquée ou un lieu saint; la terre peut *elle-même* être sacrée, en ce sens que c'est là que l'être divin se manifeste. Contrairement aux fois judéo-chrétiennes, par exemple, où l'être divin est perçu comme étant surnaturel, dans les fois autochtones, le domaine spirituel est inextricablement lié au monde concret. Du point de vue des religions autochtones, une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité d'un croyant de se conformer à ses croyances et pratiques religieuses.

[128] Il est crucial de prendre en compte cet élément des religions autochtones pour juger s'il y a eu contravention à l'al. 2a). Le principe de la neutralité de l'État exige que l'État ne favorise ni ne

hinder one religion over the other (see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 32; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 72). To ensure that all religions are afforded the same level of protection under s. 2(a), courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices.

(3) The Chief Justice and Rowe J.'s Position on the Scope of Section 2(a)

[129] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They maintain that the *Charter* protects the “freedom to worship”, but not what they call the “spiritual focal point of worship” (para. 71). If I understand my colleagues’ approach correctly, s. 2(a) of the *Charter* protects *only* the freedom to hold beliefs and manifest them through worship and practice (para. 71). In their view, even where the effect of state action is to render beliefs and practices devoid of all spiritual significance, claimants still have the freedom to hold beliefs and manifest those beliefs through practices, and there is therefore no interference with their ability to act in accordance with their beliefs. Thus, under my colleagues’ approach, as long as a Sikh student can carry a kirpan into a school (*Multani*), Orthodox Jews can erect a personal succah (*Amselem*), or the Ktunaxa have the ability to conduct ceremonies and rituals, there is no infringement of s. 2(a), even where the effect of state action is to reduce these acts to empty gestures.

[130] I cannot accept such a restrictive reading of s. 2(a). As I have indicated, where a belief or practice is rendered devoid of spiritual significance, there is obviously an interference with the ability to act in accordance with that *religious* belief or practice. The scope of s. 2(a) is therefore not limited to the freedom to hold a belief and manifest that belief through religious practices. Rather, as this Court noted in *Amselem*, “[i]t is the religious or spiritual essence of an action” that attracts protection under s. 2(a) (para. 47). In my view, the

défavorise une religion aux dépens de l’autre (voir *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 32; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 72). Pour veiller à ce que l’al. 2a) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d’elles et des différentes manières dont l’État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion.

(3) La position de la Juge en chef et du juge Rowe sur la portée de l’al. 2a)

[129] La Juge en chef et le juge Rowe voient les choses autrement. Selon eux, la *Charte* protège la « liberté de culte », mais non ce qu’ils appellent le « point de mire spirituel du culte » (par. 71). Si je comprends bien la thèse de mes collègues, l’al. 2a) de la *Charte* protège *uniquement* la liberté d’avoir des croyances et de les manifester par le culte et la pratique (par. 71). À leur avis, même si une mesure étatique a pour effet de priver des croyances et des pratiques de toute signification spirituelle, les demandeurs conservent néanmoins la liberté d’avoir des croyances et de les manifester en se livrant à des pratiques, et il n’y a donc pas atteinte à leur capacité de se conformer à leurs croyances. Par conséquent, selon la thèse de mes collègues, tant qu’un élève de religion sikhe peut porter un kirpan à l’école (*Multani*), que des Juifs orthodoxes peuvent ériger une souccah individuelle (*Amselem*), ou que les Ktunaxa peuvent tenir des cérémonies et des rituels, il n’y a pas contravention à l’al. 2a) même si la mesure étatique a pour effet de vider ces gestes de tout sens.

[130] Je ne peux souscrire à une interprétation aussi restrictive de l’al. 2a). Comme je l’ai mentionné, lorsqu’une croyance ou pratique est dénuée de signification spirituelle, il y a manifestement atteinte à la capacité de se conformer à cette croyance ou pratique *religieuse*. L’alinéa 2a) ne protège donc pas seulement la liberté d’avoir une croyance et de la manifester en se livrant à des pratiques religieuses. D’ailleurs, comme l’a souligné la Cour dans *Amselem*, « [c]’est le caractère religieux ou spirituel d’un acte » qui entraîne la protection de l’al. 2a)

approach adopted by my colleagues does not engage with this crucial point. It does not take into account that if a belief or practice becomes devoid of spiritual significance, it is highly unlikely that a person would continue to hold those beliefs or engage in those practices. Indeed, that person would have no reason to do so. With respect, my colleagues' approach amounts to protecting empty gestures and hollow rituals, rather than guarding against state conduct that interferes with "profoundly personal beliefs", the true purpose of s. 2(a)'s protection (*Edwards Books*, at p. 759).

[131] This approach also risks excluding Indigenous religious freedom claims involving land from the scope of s. 2(a)'s protection. As indicated, there is an inextricable link between spirituality and land in Indigenous religious traditions. In this context, state action that impacts land can sever the spiritual connection to the divine, rendering Indigenous beliefs and practices devoid of their spiritual significance. My colleagues have not taken this unique and central feature of Indigenous religion into account. Their approach therefore risks foreclosing the protections of s. 2(a) of the *Charter* to substantial elements of Indigenous religious traditions.

(4) The Minister's Decision Infringes the Ktunaxa's Freedom of Religion Under Section 2(a) of the Charter

[132] I turn now to the facts of this case. The Ktunaxa's religion encompasses multiple spirits and several places of spiritual significance (see, e.g., A.R., vol. II, at pp. 119 and 197). The Ktunaxa sincerely believe that Qat'muk is a highly sacred site, home to a very important spirit — Grizzly Bear Spirit. The Ktunaxa assert that Grizzly Bear Spirit provides them with spiritual guidance and assistance. They claim that the proposed development would drive Grizzly Bear Spirit out, sever their spiritual connection with Qat'muk, and render their beliefs in Grizzly Bear Spirit devoid of spiritual significance.

(par. 47). J'estime que l'approche adoptée par mes collègues fait abstraction de ce point capital. Elle ne tient pas compte du fait que, si une croyance ou pratique perd sa signification spirituelle, il est fort peu probable qu'une personne conserve cette croyance ou se livre toujours à cette pratique. En effet, cette personne n'aurait aucune raison de le faire. Soit dit en tout respect, l'approche de mes collègues revient à protéger des gestes vains et des rites vides de sens plutôt qu'à se prémunir contre la conduite de l'État qui nuit à des « croyances intimes profondes », le véritable objet de la protection accordée par l'al. 2a) (*Edwards Books*, p. 759).

[131] Cette approche risque aussi d'exclure des revendications territoriales autochtones fondées sur la liberté de religion de la protection accordée par l'al. 2a). Comme je l'ai mentionné, un lien inextricable unit la spiritualité et la terre dans les traditions religieuses autochtones. Dans ces conditions, une mesure étatique qui touche la terre peut rompre le lien spirituel avec l'être divin et priver ainsi les croyances et pratiques autochtones de leur signification spirituelle. Mes collègues n'ont pas tenu compte de cette caractéristique unique et centrale de la religion autochtone. Leur approche risque donc d'exclure des éléments importants de traditions religieuses autochtones de la protection accordée par l'al. 2a) de la *Charte*.

(4) La décision du Ministre porte atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la Charte

[132] Je passe maintenant aux faits de l'espèce. La religion des Ktunaxa englobe de multiples esprits et plusieurs lieux d'importance spirituelle (voir, p. ex., d.a., vol. II, p. 119 et 197). Les Ktunaxa croient sincèrement que le Qat'muk est un lieu très sacré, le foyer d'un esprit fort important, celui de l'Ours Grizzly. Selon eux, cet esprit leur donne des conseils et de l'assistance spirituels. Ils prétendent que l'aménagement proposé chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly, romprait leur lien spirituel avec le Qat'muk et priverait leurs croyances en cet esprit de toute signification spirituelle.

[133] The Chief Justice and Rowe J. frame the Ktunaxa’s religious freedom claim as one that seeks to protect the “spiritual focal point of worship” — that is, Grizzly Bear Spirit (para. 71). I disagree. The Ktunaxa are seeking protection of their ability to act in accordance with their religious beliefs and practices, which falls squarely within the scope of s. 2(a). If the Ktunaxa’s religious beliefs in Grizzly Bear Spirit become entirely devoid of religious significance, their prayers, ceremonies and rituals in recognition of Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. There would be no reason for them to continue engaging in these acts, as they would be devoid of any spiritual significance. Members of the Ktunaxa assert that without their spiritual connection to Qat’muk and to Grizzly Bear Spirit, they would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations in any meaningful way, as illustrated in the following excerpt from an affidavit quoted in the appellants’ factum:

If the proposed resort were to go ahead in the heart of Qat’muk, I do not see how I can meaningfully speak to my grandchildren about Grizzly Bear Spirit. How can I teach them his songs, what to ask from him, if he no longer has a place recognizable to us and respected as his within our world? [para. 28]

[134] Viewed this way, I am satisfied that the Minister’s decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa’s ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial. The decision therefore amounts to an infringement of the Ktunaxa’s freedom of religion under s. 2(a).

B. *The Minister’s Decision Was Reasonable*

(1) The Doré Framework

[135] Having resolved the preliminary issue that the Minister’s decision to approve the development infringes the Ktunaxa’s s. 2(a) right, I turn now to

[133] La Juge en chef et le juge Rowe disent que la revendication des Ktunaxa fondée sur la liberté de religion vise à protéger le « point de mire spirituel du culte », en l’occurrence l’Esprit de l’Ours Grizzly (par. 71). Je ne suis pas de cet avis. Les Ktunaxa réclament la protection de leur capacité de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, qui relèvent nettement de l’al. 2a). Si les croyances religieuses des Ktunaxa en l’Esprit de l’Ours Grizzly perdent toute signification religieuse, leurs prières, cérémonies et rites en l’honneur de cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. Les Ktunaxa n’auraient aucune raison de continuer de se livrer à ces actes, car ceux-ci seraient dépourvus de toute signification spirituelle. Des membres des Ktunaxa mentionnent que, sans leur lien spirituel avec le Qat’muk et l’Esprit de l’Ours Grizzly, ils ne seraient pas en mesure de transmettre de façon significative leurs croyances et pratiques aux générations futures, comme le montre l’extrait suivant d’un affidavit cité dans le mémoire des appelants :

[TRADUCTION] Si la construction de la station de ski proposée devait aller de l’avant dans le cœur du Qat’muk, je ne vois pas comment je pourrais parler de façon significative de l’Esprit de l’Ours Grizzly à mes petits-enfants. Comment pourrais-je leur enseigner ses chansons, ce que nous pouvons lui demander, s’il n’occupe plus une place que nous reconnaissons et qui est tenue pour la sienne dans notre monde? [par. 28]

[134] Dans cette optique, je suis convaincu que la décision du Ministre d’approuver l’aménagement proposé nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. La décision porte donc atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l’al. 2a).

B. *La décision du Ministre était raisonnable*

(1) Le cadre d’analyse établi dans Doré

[135] Ayant réglé la question préliminaire en statuant que la décision du Ministre d’approuver l’aménagement porte atteinte au droit garanti aux Ktunaxa

the question of whether the Minister’s decision was reasonable.

[136] This Court’s decision in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister reasonably exercised his statutory discretion in accordance with the Ktunaxa’s *Charter* protections (*Loyola*, at para. 3). On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework “is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance” between the *Charter* protections — both rights and values — at stake and the relevant statutory objectives (*Loyola*, at para. 37, citing *Doré*, at para. 57). As this Court explained in *Loyola*, a proportionate balancing is one “that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate” (para. 39). That is, when the Minister balances the *Charter* protections with the relevant statutory objectives, he or she must ensure that the *Charter* protections are “affected as little as reasonably possible” in light of the state’s particular objectives (*Loyola*, at para. 40). This approach respects the expertise that decision makers like the Minister bring to balancing *Charter* protections and statutory objectives in the context of the particular facts before them (*Loyola*, at para. 42, citing *Doré*, at para. 47).

(2) A Reviewing Court May Consider an Administrative Decision Maker’s Implicit Reasons

[137] The Ktunaxa submit that the Minister did not consider their s. 2(a) claim at all when he made his decision and that his decision was therefore unreasonable. Although the Ktunaxa advised the Minister that their s. 2(a) right was implicated by his decision regarding the development (A.F., at para. 17), the Minister did not refer to s. 2(a) explicitly in his reasons for his decision.

par l’al. 2a), j’aborde maintenant le point de savoir si cette décision était raisonnable.

[136] Dans l’arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour établit le cadre d’analyse applicable pour décider si le Ministre a raisonnablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi en conformité avec les protections conférées par la *Charte* aux Ktunaxa (*Loyola*, par. 3). Lors d’un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d’analyse établi dans *Doré* « consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu’elle est le fruit d’une mise en balance proportionnée » des protections de la *Charte* — tant les droits que les valeurs — en jeu et des objectifs pertinents visés par la loi (*Loyola*, par. 37, citant *Doré*, par. 57). Comme l’a expliqué la Cour dans *Loyola*, une mise en balance proportionnée en est une « qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (par. 39). Autrement dit, quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs pertinents de la loi, il doit s’assurer que ces protections sont « restrei[ntes] [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible » eu égard aux objectifs particuliers de l’État (*Loyola*, par. 40). Cette approche respecte l’expertise que les décideurs comme le Ministre apportent à la mise en balance des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi dans le contexte des faits particuliers dont ils sont saisis (*Loyola*, par. 42, citant *Doré*, par. 47).

(2) Une cour de révision peut examiner les motifs implicites d’un décideur administratif

[137] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre n’a pas du tout pris en compte leur revendication fondée sur l’al. 2a) au moment de prendre sa décision et que celle-ci était donc déraisonnable. Bien que les Ktunaxa aient informé le Ministre que sa décision concernant l’aménagement mettait en jeu le droit que leur reconnaissait l’al. 2a) (m.a., par. 17), il n’a pas mentionné explicitement cet alinéa dans ses motifs de décision.

[138] The chambers judge, Savage J., held that the Minister did not need to specifically refer to the s. 2(a) claim made by the Ktunaxa, because the Minister addressed the “substance” of the asserted *Charter* right in his reasons: the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk, and the impact the development would have on this connection (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at paras. 270 and 273). Although Savage J. found that the Minister’s decision did not infringe the Ktunaxa’s s. 2(a) right, he stated that if he was wrong in this regard, the Minister’s decision amounted to a proportionate balancing of the *Charter* protections with the statutory objectives (para. 301).

[139] As I will explain, I agree with Savage J. in two respects: (1) that the Minister addressed the “substance” of the Ktunaxa’s s. 2(a) right; and (2) that it is implicit from the Minister’s reasons that he proportionately balanced the *Charter* protections at stake for the Ktunaxa with the relevant statutory objectives. In this case, it is important to recall that reviewing courts may consider an administrative decision maker’s implicit reasoning for reaching a decision. As Abella J. held in *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the reasons given by an administrative decision maker are not required to explicitly address every argument raised by the claimant:

Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion . . . [para. 16]

[140] Rather, the ultimate question for the reviewing court is whether “the reasons allow the reviewing court to understand why the [administrative decision maker] made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes” (*ibid.*). Even if the reasons

[138] Le juge en chambre, le juge Savage, a conclu que le Ministre n’avait pas à mentionner expressément la revendication faite par les Ktunaxa sur la base de l’al. 2a) parce qu’il a traité de la « substance » du droit invoqué au titre de la *Charte* dans ses motifs : le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk et l’impact qu’aurait l’aménagement sur ce lien (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 270 et 273). Bien que le juge Savage ait estimé que la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit reconnu aux Ktunaxa par l’al. 2a), il a dit que, même s’il se trompait sur ce point, la décision du Ministre était le fruit d’une mise en balance proportionnée des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi (par. 301).

[139] Comme je l’expliquerai, je partage l’avis du juge Savage à deux égards : (1) le Ministre a traité de la « substance » du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) et (2) il ressort implicitement des motifs du Ministre qu’il a mis en balance de façon proportionnée les protections de la *Charte* en jeu pour les Ktunaxa et les objectifs pertinents de la loi. En l’espèce, il importe de rappeler que la cour de révision peut tenir compte du raisonnement adopté implicitement par le décideur administratif pour parvenir à une décision. Comme l’a déclaré la juge Abella dans *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, il n’est pas nécessaire que les motifs du décideur administratif abordent explicitement chaque argument soulevé par le demandeur :

Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l’analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale . . . [par. 16]

[140] La question que la cour de révision doit trancher au bout du compte est plutôt de savoir si « [les motifs] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du [décideur administratif] et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » (*ibid.*).

do not seem wholly adequate to justify the outcome, a reviewing court should seek to first supplement the reasons of the decision maker before substituting its own decision (*ibid.*, at para. 12). Reasonableness review thus entails “a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision” (*ibid.*, at para. 12, citing D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58). For example, in *Newfoundland Nurses*, although the chambers judge and a dissenting judge at the Court of Appeal found that the administrative decision maker’s reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion, this Court held that the decision maker was “alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes” (para. 26). His decision was therefore reasonable.

(3) The Minister Was Alive to the Substance of the Ktunaxa’s Section 2(a) Right

[141] In my view, it is clear from the Minister’s reasons that he was alive to the “substance” of the Ktunaxa’s asserted *Charter* right: the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk, and the fact that any permanent development in Qat’muk would sever their spiritual connection to the land. The Minister did note that the Ktunaxa’s *prima facie* claim to an Aboriginal right under s. 35 based on their spiritual connection to the land was “weak” (see Minister’s Rationale, at Schedule “F” of 2014 BCSC 568, pp. 117-24 (“Rationale”), at p. 122 (CanLII)). However, as I will explain, this assessment of the s. 35 claim was based on factors which are irrelevant to the s. 2(a) inquiry and thus had no bearing on the Minister’s consideration of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

[142] In assessing the *prima facie* claim to an Aboriginal right as “weak”, the Minister specifically referred to elements of the test under s. 35 for evaluating an Aboriginal right (see *R. v. Van der Peet*,

Même si les motifs ne semblent pas tout à fait convaincables pour justifier l’issue, la cour de révision doit d’abord chercher à les compléter avant de leur substituer sa propre décision (*ibid.*, par. 12). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable commande donc [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (*ibid.*, par. 12, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286; voir aussi *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58). Par exemple, dans *Newfoundland Nurses*, bien que le juge siégeant en cabinet et une juge dissidente de la Cour d’appel aient conclu que les motifs du décideur administratif ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu, notre Cour a jugé que le décideur avait « bien saisi la question en litige et qu’il [était] parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables » (par. 26). Sa décision était donc raisonnable.

(3) Le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a)

[141] À mon avis, il ressort des motifs du Ministre qu’il a bien saisi la « substance » du droit revendiqué par les Ktunaxa en vertu de la *Charte* : leur lien spirituel avec le Qat’muk et le fait que toute installation permanente dans ce secteur romprait le lien en question. Le Ministre a effectivement qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication à première vue, par les Ktunaxa, d’un droit ancestral reconnu à l’art. 35 du fait de leur lien spirituel avec la terre (voir les motifs du Ministre à l’annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (« Motifs »), p. 122 (CanLII)). Toutefois, comme je l’expliquerai, cette évaluation de la revendication fondée sur l’art. 35 reposait sur des facteurs étrangers à l’analyse concernant l’al. 2a) et ne se rapportait donc pas à la décision du Ministre sur le droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

[142] Pour juger « faible » la revendication à première vue d’un droit ancestral, le Ministre a explicitement mentionné des éléments du test à utiliser en application de l’art. 35 pour évaluer ce droit (voir

[1996] 2 S.C.R. 507, at paras. 46, 55 and 60). These elements include whether the tradition or practice was engaged in prior to contact with Europeans and whether it was integral to the distinctive culture of the Aboriginal group. The Minister noted that there was no indication that Jumbo Valley was under threat from “permanent forms of development at the time of contact such that the right claimed would have been one that was exercised or an aboriginal tradition, practice or activity integral to the culture of [the] Ktunaxa”, and that the “details of the spiritual interest in the valley” were not shared with or known by the general Ktunaxa population (Rationale, at p. 122).

[143] These elements of the test for identifying an Aboriginal right under s. 35 are not part of the s. 2(a) inquiry. As indicated, in order to determine that there is an infringement of a s. 2(a) right, there are two requirements: (1) that the religious belief or practice is sincerely held; and (2) that state conduct has interfered with the ability to act in accordance with the belief or practice in a non-trivial way. It follows that the Minister’s comment that the *prima facie* claim concerning the Ktunaxa’s spiritual connection to the land was “weak” goes only to the strength of the s. 35 claim and has no bearing on the assessment of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

[144] In fact, in his Rationale, the Minister explicitly recognized that the proposed development put at stake the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk — the substance of their s. 2(a) right. Although the Minister assessed the strength of the s. 35 claim to an Aboriginal right as “weak”, he stated that he “sincerely recognize[d] the genuinely sacred values at stake for Ktunaxa leadership and the Knowledge Keepers in particular” (p. 122). In his Consultation/Accommodation Summary (reproduced in R.R. (Minister), at pp. 66-154), which the Minister refers to in his Rationale, he noted that Jumbo Valley is an area of cultural significance with sacred values, and that “the Land of the Grizzly Spirit” is a highly important spiritual site in the Ktunaxa’s traditional

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46, 55 et 60). Au nombre de ces éléments figurent les points de savoir si la tradition ou pratique précède le contact avec les Européens et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone. D’après le Ministre, rien n’indique que la vallée Jumbo était menacée par des [TRADUCTION] « aménagements permanents au moment du contact qui auraient entraîné l’exercice du droit revendiqué ou fait en sorte que celui-ci constitue une tradition, pratique ou activité ancestrale au cœur de la culture des Ktunaxa », et les « détails de l’intérêt spirituel dans la vallée » n’étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière (Motifs, p. 122).

[143] Ces éléments du test servant à identifier un droit ancestral reconnu à l’art. 35 ne font pas partie de l’analyse fondée sur l’al. 2a). Comme je l’ai indiqué, pour décider qu’il y a atteinte à un droit garanti à l’al. 2a), deux conditions doivent être réunies : (1) il s’agit d’une croyance ou pratique religieuse sincère et (2) la conduite étatique a nui à la capacité de se conformer à la croyance ou pratique de manière non négligeable. Par conséquent, la remarque du Ministre selon laquelle la revendication à première vue concernant le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre était « faible » se rapporte uniquement à la solidité de la revendication fondée sur l’art. 35 et n’a rien à voir avec l’évaluation du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

[144] En fait, dans ses Motifs, le Ministre a expressément reconnu que l’aménagement proposé mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk, la substance du droit que leur garantit l’al. 2a). Bien que le Ministre ait jugé « faible » la revendication d’un droit ancestral fondée sur l’art. 35, il a dit avoir [TRADUCTION] « reconn[u] sincèrement les valeurs réellement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir en particulier » (p. 122). Dans son Résumé des consultations et des mesures d’accommodement (reproduit dans le d.i. (Ministre), p. 66-154), auquel renvoie le Ministre dans ses Motifs, il a signalé que la vallée Jumbo est un secteur d’importance culturelle auquel sont associées des valeurs sacrées et que [TRADUCTION] « la

lands (p. 111). In my view, the Minister was thus alive to the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

(4) The Minister Engaged in Proportionate Balancing

(a) *Statutory Objectives*

[145] Before turning to the question of whether the Minister engaged in proportionate balancing of the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right and his statutory mandate, I begin with the relevant statutory objectives in this case. The Minister referred to several of his statutory obligations under the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, and the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, that were relevant to his decision. At page 119 of his Rationale, the Minister noted that under those Acts, he is “responsible for the administration of Crown land” (see *Land Act*, s. 4), “responsible to dispose of Crown land where [he] considers advisable in the public interest” (see *Land Act*, s. 11(1)), and “responsible for encouraging outdoor recreation” (see *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, s. 5(b)). When the reasons of the Minister are read fairly as a whole, it is apparent that he took these objectives into account in arriving at his decision.

(b) *The Minister’s Efforts to Accommodate the Ktunaxa’s Section 2(a) Claim*

[146] As I will explain, it is apparent from the Minister’s reasons that he tried to limit the impact of the proposed development on the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right as much as reasonably possible given these statutory objectives. The Minister in fact provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa’s spiritual connection to the land. As Savage J. noted, these accommodations were “clearly intended to reduce the footprint of the Proposed Resort within Qat’muk and lessen the effect of the Proposed Resort on Grizzly bears, within which the Ktunaxa say

terre de l’Esprit de l’Ours Grizzly » est une partie fort importante sur le plan spirituel du territoire traditionnel des Ktunaxa (p. 111). J’estime donc que le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

(4) Le Ministre s’est livré à une mise en balance proportionnée

a) *Objectifs visés par la loi*

[145] Avant de passer à la question de savoir si le Ministre a mis en balance de façon proportionnée la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) et le mandat que lui confie la loi, j’aborde les objectifs législatifs pertinents en l’espèce. Le Ministre a fait état de plusieurs de ses obligations découlant de la *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, et de la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, qui ont joué dans sa décision. À la p. 119 de ses Motifs, il fait remarquer qu’aux termes de ces lois, il est [TRADUCTION] « responsable de l’administration des terres de la Couronne » (voir la *Land Act*, art. 4), « chargé d’aliéner les terres de la Couronne lorsqu[’il] l’estime indiqué dans l’intérêt public » (voir la *Land Act*, par. 11(1)) et « chargé d’encourager les activités de plein air » (voir la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, al. 5(b)). Lorsqu’on interprète impartialement les motifs du Ministre dans leur ensemble, il est clair qu’il a tenu compte de ces objectifs pour parvenir à sa décision.

b) *Les efforts déployés par le Ministre pour satisfaire à la revendication des Ktunaxa fondée sur l’al. 2a)*

[146] Comme je l’expliquerai, il ressort des motifs du Ministre qu’il a essayé de limiter autant qu’il était raisonnablement possible de le faire l’impact de l’aménagement proposé sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) compte tenu de ces objectifs visés par la loi. Le Ministre a en fait consenti des mesures d’accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. Comme l’a souligné le juge Savage, ces mesures d’accommodement [TRADUCTION] « visaient clairement à réduire l’empreinte de la station de ski proposée dans le Qat’muk et à

the Grizzly Bear Spirit manifests itself” (para. 313). These measures included the following (Rationale, at p. 123):

- The area of the “controlled recreation area” was reduced by 60% and reductions were also made to the “total resort development area”.
- An area was removed “from the controlled recreation area of the lower Jumbo Creek area that has been perceived as having greater visitation potential from Grizzly bears”.
- The “controlled recreation area” was also “amended to remove ski lifts on the West side of the valley, where impact to Grizzly bear habitat was expected to be greatest”.
- The Province of B.C. would “pursue the establishment of a Wildlife Management Area (WMA)” in order “to address potential impacts in relation to Grizzly bears and aboriginal claims relating to spiritual value of the valley”. The Ktunaxa were invited to engage with the Province in the development and implementation of the WMA objectives.

[147] It is true that these accommodation measures were provided in the context of the Minister’s duty to consult and accommodate under s. 35. The Minister provided these measures, as well as other accommodations, as part of a consultative process that occurred “at the deep end of the consultation spectrum” (Rationale, at p. 123). But, as indicated, the Minister provided the accommodation listed above to specifically address the Ktunaxa’s spiritual interest in the land, even though the Minister assessed the strength of the Ktunaxa’s *prima facie* s. 35 claim based on this interest as “weak”. In my opinion, it does not make sense that the Minister would provide significant accommodation for a “weak” s. 35 claim, which suggests that the Minister took into account the Ktunaxa’s broader spiritual

atténuer les répercussions de cette station sur les grizzlys dans lesquels, aux dires des Ktunaxa, se manifeste l’Esprit de l’Ours Grizzly » (par. 313). Ces mesures comprenaient les suivantes (Motifs, p. 123) :

- La taille de la [TRADUCTION] « zone de loisir contrôlée » a été réduite de 60 p. 100 et on a également amputé « l’aire totale d’aménagement de la station ».
- On a retranché « de la zone de loisir contrôlée du secteur inférieur de la vallée Jumbo une région perçue comme davantage susceptible d’être fréquentée par les grizzlys ».
- La « zone de loisir contrôlée » a aussi été « modifiée par le retrait des remonte-pentes sur le côté ouest de la vallée car on pensait que l’impact sur l’habitat du grizzly y serait plus important ».
- La province de la Colombie-Britannique « irait de l’avant avec la mise sur pied d’une aire de gestion de la faune (AGF) » afin « de contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée ». On a invité les Ktunaxa à discuter avec la province de l’élaboration et de la mise en œuvre des objectifs de l’AGF.

[147] Certes, ces mesures d’accommodement ont été consenties eu égard à l’obligation du Ministre de consulter et d’accommoder découlant de l’art. 35. Le Ministre a offert ces mesures et d’autres accommodements dans le cadre d’un processus de consultation qui s’était rendu [TRADUCTION] « à l’extrémité supérieure du continuum de consultation » (Motifs, p. 123). Mais, tel qu’il est indiqué précédemment, le Ministre a offert les accommodements énumérés ci-dessus pour répondre précisément à l’intérêt spirituel des Ktunaxa sur la terre même s’il a jugé « faible » la revendication à première vue des Ktunaxa fondée sur l’art. 35. Il me semble illogique que le Ministre consente des accommodements importants pour une « faible » revendication fondée sur l’art. 35, ce qui donne à penser que le

interest in the land, distinct from the context of their s. 35 claim.

[148] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They explain this apparent tension by asserting that the Minister assessed as “weak” only the Ktunaxa’s s. 35 claim that their spiritual connection to the land would be severed by any permanent development. For them, the Minister determined that the Ktunaxa’s “broader claim to spiritual values in Qat’muk” under s. 35 was strong, and he accordingly engaged in deep consultation (para. 99).¹ In my view, even if my colleagues are right that the Minister engaged in deep consultation to address the Ktunaxa’s “overall spiritual claim” (para. 99) under s. 35, it follows that the Minister provided the accommodation above to reduce the impact of the development on the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk. These measures indicate that the Minister made efforts to mitigate the impact on the substance of their s. 2(a) right as much as reasonably possible given his statutory mandate.

[149] Nonetheless, I acknowledge that these accommodation measures only reduce the footprint of the development in Qat’muk, a very important spiritual site in the Ktunaxa’s religion. They do not prevent the loss of the Ktunaxa’s spiritual connection to the land once the development is built and Grizzly Bear Spirit leaves Qat’muk. The Ktunaxa’s position is that there is no “middle ground” available regarding the development: no accommodation is possible, as no permanent structures can be built on the land or Qat’muk will lose its sacred nature. The Minister therefore had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to

¹ To be clear, as I have indicated above, it is plain from the Minister’s reasons that he assessed the Ktunaxa’s s. 35 claim based on their spiritual connection to the land as “weak”. However, I am satisfied that the duty to consult and accommodate under s. 35 with respect to this claim was met by the deep consultation engaged in by the Minister.

Ministre a tenu compte de l’intérêt spirituel général des Ktunaxa sur le terrain indépendamment de leur revendication fondée sur l’art. 35.

[148] La Juge en chef et le juge Rowe adoptent une perspective différente. Ils expliquent cette contradiction apparente en affirmant que le Ministre a qualifié de « faible » uniquement la prétention des Ktunaxa fondée sur l’art. 35 selon laquelle leur lien spirituel avec la terre serait rompu par tout aménagement permanent. D’après eux, le Ministre a décidé que leur « revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat’muk » au titre de l’art. 35 était solide et il a donc procédé à des consultations approfondies (par. 99)¹. À mon avis, même si mes collègues ont raison de dire que le Ministre a procédé à des consultations approfondies pour répondre à la « revendication générale de nature spirituelle » (par. 99) des Ktunaxa en conformité avec l’art. 35, il s’ensuit que le Ministre a offert les accommodements susmentionnés pour réduire l’incidence de l’aménagement sur le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk. Ces mesures indiquent que le Ministre s’est efforcé d’atténuer autant qu’il était raisonnablement possible de le faire l’impact sur la substance du droit que leur garantit l’al. 2a) compte tenu de son mandat législatif.

[149] Néanmoins, je reconnais que ces mesures d’accommodement ne font que réduire l’empreinte de l’aménagement sur le Qat’muk, un lieu spirituel qui revêt une grande importance dans la religion des Ktunaxa. Elles n’empêchent pas les Ktunaxa de perdre leur lien spirituel avec la terre après que la station de ski soit construite et que l’Esprit de l’Ours Grizzly quitte le Qat’muk. Les Ktunaxa estiment qu’il n’y pas de « moyen terme » à l’égard de l’aménagement : aucun accommodement n’est possible, car aucune installation permanente ne peut être érigée sur la terre, sinon le Qat’muk perdra son caractère sacré. Le Ministre avait donc deux

¹ Précisons que, comme je l’ai mentionné précédemment, il ressort des motifs du Ministre qu’il a jugé « faible » la revendication faite par les Ktunaxa au titre de l’art. 35 sur la base de leur lien spirituel avec la terre. Or, je suis convaincu que le Ministre s’est acquitté de l’obligation de consulter et d’accommoder que lui impose cet article en procédant aux consultations approfondies.

veto the development on the basis of their freedom of religion. As I will explain, it can be implied from the Minister’s decision that permitting the Ktunaxa to veto the development was not consistent with his statutory mandate. Indeed, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate.

(c) *The Right to Exclude*

[150] Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give the Ktunaxa a significant property interest in Qat’muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of public land. This right of exclusion is not a minimal or negligible restraint on public ownership. It gives the Ktunaxa the power to exclude others from developing land that the public in fact owns. The public in this case includes an Aboriginal group, the Shuswap Indian Band, that supports the development — a fact which the Minister explicitly took into consideration in his reasons. The Shuswap Indian Band is supportive of the development in part because of “the potential economic development opportunities it may provide” (R.R. (Minister), at p. 68).

[151] The power of exclusion is an essential right in property ownership, because it gives an owner the exclusive right to determine the use of his or her property and to ensure that others do not interfere with that use (see B. Ziff, *Principles of Property Law* (6th ed. 2014), at p. 6). Without the power of exclusion, the owner is unable to dictate how his or her property will be used. Even a person who has a limited power of exclusion — for example, the power to prevent development of the land — will be able to exercise control over the property and dictate its use to a significant extent.

[152] In granting a limited power of exclusion to the Ktunaxa, the Minister would effectively transfer the public’s control of the use of over 50 square kilometres of land to the Ktunaxa. This power would permit the Ktunaxa to dictate the use of the land —

choix : approuver l’aménagement ou permettre aux Ktunaxa d’opposer leur veto à l’aménagement en raison de leur liberté de religion. Comme je l’expliquerai, on peut déduire de la décision du Ministre que le deuxième choix n’était pas compatible avec son mandat législatif. En effet, cela minerait considérablement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal.

c) *Le droit d’interdiction*

[150] Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d’opposer leur veto à l’aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétaire d’envergure sur le Qat’muk, à savoir le pouvoir d’interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce droit d’interdiction n’est pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. Il donne aux Ktunaxa le pouvoir d’interdire à autrui d’aménager un territoire qui appartient effectivement à la population. Cette dernière comprend un groupe autochtone, la Shuswap Indian Band, qui est en faveur de l’aménagement, un fait dont a expressément tenu compte le Ministre dans ses motifs. La Shuswap Indian Band est favorable à l’aménagement notamment en raison [TRADUCTION] « des possibilités de développement économique qu’il peut offrir » (d.i. (Ministre), p. 68).

[151] Le pouvoir d’interdiction est un droit essentiel à la propriété d’un bien car il accorde au propriétaire le droit exclusif de décider de l’usage de son bien et d’éviter que d’autres personnes ne nuisent à cet usage (voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (6^e éd. 2014), p. 6). Sans le pouvoir d’interdiction, le propriétaire ne peut dicter l’usage qui sera fait de son bien. Même le titulaire d’un pouvoir limité d’interdiction — comme celui de prévenir l’aménagement du territoire — pourra exercer un contrôle sur le bien et en dicter l’usage dans une large mesure.

[152] S’il accordait aux Ktunaxa un pouvoir limité d’interdiction, le Ministre leur céderait dans les faits le contrôle que détient le public sur l’utilisation de plus de 50 kilomètres carrés de terres. Ce pouvoir permettrait aux Ktunaxa de dicter l’usage

namely, preventing any permanent structures from being constructed — so that it does not conflict with their religious belief in the sacred nature of Qat'muk. A religious group would therefore be able to regulate the use of a vast expanse of public land so that it conforms to its religious belief. It seems implicit from the Minister's reasons that permitting a religious group to dictate the use of a large tract of land according to its religious belief — and excluding the public from using the land in a way contrary to this belief — would undermine the objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. It can be inferred that the Minister found that granting the Ktunaxa such a power of exclusion would not fulfill his statutory mandate. Rather, it would significantly compromise — if not negate — those objectives.

[153] As indicated, the Ktunaxa's s. 2(a) claim left the Minister with two options: either to approve the development, or to grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing any permanent development on over 50 square kilometres of public land. This is distinct from a situation where some reasonable accommodation — a “middle ground” — is possible. For example, where a claimant seeks limited access to an area of land, or seeks to restrict a certain activity on an area of land during certain limited time periods, granting an accommodation may not have the effect of undermining the Minister's statutory objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. As proportionate balancing under *Doré* requires limiting *Charter* protections “no more than is necessary given the applicable statutory objectives” (*Loyola*, at para. 4), in such cases, it may be unreasonable for the Minister not to provide these accommodations.

[154] But here, an accommodation that would not compromise the Minister's statutory mandate was unavailable. As indicated, the Minister did make an

du territoire — soit empêcher la construction de toute installation permanente — pour éviter qu'elle n'entre en conflit avec leur croyance religieuse dans le caractère sacré du Qat'muk. Un groupe religieux serait donc en mesure de réglementer l'utilisation d'une vaste étendue de terre publique pour qu'elle se conforme à sa croyance religieuse. Il semble se dégager implicitement des motifs du Ministre que permettre à un groupe religieux de dicter l'utilisation d'une grande étendue de terrain selon sa croyance religieuse — et d'interdire à la population d'utiliser le terrain contrairement à cette croyance — entraverait la réalisation des objectifs d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. On peut en déduire que, selon le Ministre, conférer aux Ktunaxa pareil pouvoir d'interdiction ne lui permettrait pas de remplir son mandat législatif. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement l'atteinte de ces objectifs, voire lui porterait un coup fatal.

[153] Comme je l'ai indiqué, la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2a) laissait deux choix au Ministre : soit approuver l'aménagement, soit accorder aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire toute installation permanente sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce cas se distingue d'une situation où il est possible de parvenir à un compromis raisonnable, un « moyen terme ». Par exemple, lorsqu'un demandeur réclame l'accès limité à un secteur ou cherche à restreindre une activité donnée dans un secteur pendant certaines périodes limitées, le fait d'offrir un accommodement n'aura peut-être pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs confiés par la loi au Ministre d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. Puisque la mise en balance proportionnée établie dans *Doré* exige qu'on ne limite pas les protections énumérées dans la *Charte* « plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi » (*Loyola*, par. 4), en pareil cas, il peut être déraisonnable pour le Ministre de ne pas offrir ces accommodements.

[154] Mais dans l'affaire qui nous occupe, il était impossible d'offrir un accommodement qui ne compromettrait pas la réalisation du mandat confié au

effort to provide the Ktunaxa with accommodation to limit the impact on their religious freedom, but the Ktunaxa took the position that no permanent development in the area could be allowed. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. He determined that if he granted the power of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives: to administer Crown land and to dispose of it in the public interest. In the end, he found that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa a veto right over the construction of permanent structures on over 50 square kilometres of public land.

[155] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that this decision was reasonable in the circumstances. It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given the statutory objectives (*Loyola*, at para. 40) and amounted to a proportionate balancing.

III. Conclusion

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Quebec.

Solicitor for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent Glacier Resorts Ltd.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

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

Ministre par la loi. Je le rappelle, le Ministre s'est efforcé de fournir aux Ktunaxa un accommodement pour limiter l'impact du projet sur leur liberté de religion, mais les Ktunaxa ont soutenu qu'on ne pouvait autoriser aucun aménagement permanent dans le secteur. Cela a mis le Ministre dans une situation difficile, voire impossible. Selon lui, s'il accordait le pouvoir d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans la réalisation de ses objectifs légaux, voire l'empêcherait de les réaliser : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. En fin de compte, il a jugé que la réalisation du mandat que lui attribue la loi l'empêchait de donner aux Ktunaxa un droit de veto sur la construction d'installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques.

[155] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que cette décision était raisonnable dans les circonstances. Elle a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu des objectifs visés par la loi (*Loyola*, par. 40) et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

III. Conclusion

[156] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Québec.

Procureur de l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée Glacier Resorts Ltd. : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

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

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

Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada): Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Christian Legal Fellowship, London, Ontario.

Solicitors for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener Amnesty International Canada: Ecojustice Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance: Ng Ariss Fong, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Shibogama First Nations Council: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic: Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Solicitors for the intervener the Katzie First Nation: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

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

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada) : Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance des chrétiens en droit, London, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council : Nanda & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Ecojustice Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance : Ng Ariss Fong, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Shibogama First Nations Council : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureur de l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic : Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Procureurs de l'intervenante Katzie First Nation : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs des intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation : Devlin Gailus Westaway, Victoria.