

T-1315-17  
2018 FC 1180

T-1315-17  
2018 CF 1180

**Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. and Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated**  
(Applicants)

**Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. et Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated**  
(demandeurs)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Minister of Finance**  
(Respondents)

**Procureur général du Canada, Ministre des Finances**  
(défendeurs)

**INDEXED AS: NORTHERN INTER-TRIBAL HEALTH AUTHORITY INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : NORTHERN INTER-TRIBAL HEALTH AUTHORITY INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Mandamin J.—Saskatoon, June 13; Edmonton, November 28, 2018.

Cour fédérale, juge Mandamin—Saskatoon, 13 juin; Edmonton, 28 novembre 2018.

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Judicial review of decisions by Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI) stating that pension plans of applicants not falling under federal jurisdiction, had to be registered provincially — Applicants providing health services to their communities pursuant to agreements entered into with federal government (Agreements) — Also providing employee pension plans registered with OSFI — OSFI transferring pension plans to provincial pension regulator — Applicants arguing pension plans subject to federal jurisdiction because nature, activities, daily operations constituting federal undertakings — OSFI applying functional test set out in NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Noting that jurisdiction over health, social programs belonging to provinces, Aboriginal component of service delivery not changing nature of applicants' operations, activities or jurisdiction over their labour relations — Stating that applicants' Agreements with federal government only creating funding relationships — Applicants requesting order for certiorari, declaration that employee pension plans falling under federal jurisdiction — Whether OSFI decisions meeting requisite standard of review for application of NIL/TU,O test, whether basis for declaration (that applicants' pension plans are federal government undertaking falling under federal jurisdiction) met — OSFI decisions not meeting requisite standard of review — Test calling for inquiry into nature, habitual activities, daily operations of entity — "Nature" having own separate, significant meaning — OSFI subordinating "nature" to normal, habitual activities — Erring by hollowing out functional test — Not having regard to essential quality of activity being underlying reason for activities — OSFI only referring to certain "whereas" recitals in Agreements, narrowing considerations taken into account in its decisions — This narrowed*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Contrôle judiciaire de décisions prises par le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada (le BSIF), selon lesquelles les régimes de retraite des demandeurs n'étaient pas de compétence fédérale et devaient être enregistrés à l'échelle provinciale — Les demandeurs fournissent des services de santé à leurs communautés en vertu d'accords conclus avec le gouvernement fédéral (les accords) — Ils fournissent aussi à leurs employés des régimes de retraite enregistrés auprès du BSIF — Le BSIF a transféré les régimes de retraite à l'organisme de réglementation provincial — Les demandeurs ont fait valoir que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l'exploitation quotidienne constituaient une entreprise fédérale — Le BSIF a appliqué le critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Il a souligné que la compétence en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et que la composante autochtone de la prestation de services ne changeait pas la nature de l'exploitation et des activités des demandeurs ou de la compétence en matière de relations de travail — Il a affirmé que les accords conclus par les demandeurs avec le gouvernement fédéral ne faisaient que créer des relations de financement — Les demandeurs ont demandé un certiorari et un jugement déclaratoire selon lequel leurs régimes de retraite pour les employés est de compétence fédérale — Il s'agissait de savoir si les décisions du BSIF respectaient la norme de contrôle requise pour l'application du critère énoncé dans l'arrêt NIL/TU,O, et si le bien-fondé d'un jugement déclaratoire (que les régimes de retraite des demandeurs sont une entreprise d'une administration fédérale et sont de compétence fédérale) a été établi — Les décisions du BSIF n'ont pas satisfait à la norme de contrôle requise — Le critère requiert l'examen de la*

*perspective unreasonably restricting functional test analysis — OSFI ignoring recitals referencing Treaties — Treaties, Treaty Commissioners' reports making clear federal Crown undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves — Agreements enabling First Nations to take over delivery of federal health services — Health services administered by applicants declared federal undertakings — Nature of applicants' activities delivery of health services, corresponding to federal undertaking pursuant to Constitution Act, 1867, s. 91(24) jurisdiction — Delivery of health services on Indian reserves by federal government connected to treaty rights — Being non-profit provincial corporations not changing fundamental nature of activities performed — Not instance of co-operative federalism — Provincial government not party to Agreements — No delegation of authority over health to applicants — Decisions quashed, health services now delivered by applicants declared to be federal undertaking within federal jurisdiction for Constitution Act, 1867, s. 91(24) and to come within meaning of Pension Benefits Standards Act, 1985 — Application allowed.*

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Applicants providing health services to their communities pursuant to agreements entered into with federal government (Agreements) — Also providing employee pension plans registered with Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI) — OSFI transferring pension plans to provincial pension regulator — Applicants arguing pension plans subject to federal jurisdiction because nature, activities, daily operations constituting federal undertakings — OSFI applying functional test set out in NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Noting that jurisdiction over health, social programs belonging to provinces, Aboriginal component of service delivery not changing nature of applicants' operations, activities or jurisdiction over their labour relations — OSFI only referring to certain "whereas" recitals in Agreements, narrowing considerations taken into account in its decisions — This narrowed perspective unreasonably restricting functional test analysis — OSFI ignoring recitals referencing Treaties — Treaties, Treaty*

*nature, des activités habituelles et de l'exploitation quotidienne de l'entité — Le mot « nature » a son propre sens distinct et significatif — Le BSIF a subordonné la « nature » à des activités normales et habituelles — Il a commis une erreur en écartant le critère fonctionnel — Il n'a pas tenu compte d'une qualité essentielle de l'activité constituant la raison sous-jacente des activités — Le BSIF n'a fait référence qu'à certains « attendus » dans les accords, limitant les considérations prises en compte dans ses décisions — Ce point de vue étroit a eu pour effet de restreindre déraisonnablement l'analyse du critère fonctionnel — Le BSIF a laissé de côté les « attendus » faisant référence aux traités — Les traités et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes — Les accords permettaient aux Premières Nations de prendre en charge la prestation des services de santé fédéraux fournis — Les services de santé administrés par les demandeurs ont été déclarés être des entreprises fédérales — La nature des activités des demandeurs est la prestation de services de santé qui correspond à l'engagement pris par le gouvernement fédéral en vertu de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — La prestation des services de santé dans les réserves indiennes par le gouvernement fédéral est liée aux droits issus des traités — Le fait que les demandeurs soient des entreprises provinciales sans but lucratif ne modifie pas la nature fondamentale des activités réalisées — Il ne s'agissait pas d'un cas de fédéralisme coopératif — Le gouvernement provincial n'était pas une partie aux accords — Il n'y a pas eu de délégation de pouvoir en matière de santé aux demandeurs — Les décisions ont été annulées, les services de santé maintenant dispensés par les demandeurs ont été déclarés être une entreprise fédérale de compétence fédérale en vertu de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 et relever de l'acceptation de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Les demandeurs fournissent des services de santé à leurs communautés en vertu d'accords conclus avec le gouvernement fédéral (les accords) — Ils fournissent aussi à leurs employés des régimes de retraite enregistrés auprès du Bureau du surintendant des institutions financières du Canada (le BSIF) — Ce dernier a transféré ces régimes de retraite à l'organisme de réglementation provincial — Les demandeurs ont fait valoir que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l'exploitation quotidienne constituaient une entreprise fédérale — Le BSIF a appliqué le critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Il a souligné que la compétence en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et que la composante autochtone de la prestation de services ne changeait pas la nature de l'exploitation et des activités des demandeurs ou de la compétence en matière de relations de travail — Le BSIF n'a fait référence qu'à certains*

*Commissioners' reports making clear federal Crown undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves — Delivery of health services on Indian reserves by federal government connected to treaty rights — Altering jurisdiction for such delivery impermissible abandonment of federal treaty promises.*

*Aboriginal Peoples — Applicants providing health services to their communities pursuant to agreements entered into with federal government (Agreements) — Also providing employee pension plans registered with Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI) — OSFI transferring pension plans to provincial pension regulator — Applicants arguing pension plans subject to federal jurisdiction because nature, activities, daily operations constituting federal undertakings — OSFI applying functional test set out in NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Noting that jurisdiction over health, social programs belonging to provinces, Aboriginal component of service delivery not changing nature of applicants' operations, activities or jurisdiction over their labour relations — OSFI only referring to certain "whereas" recitals in Agreements, narrowing considerations taken into account in its decisions — This narrowed perspective unreasonably restricting functional test analysis — OSFI ignoring recitals referencing Treaties — Treaties, Treaty Commissioners' reports making clear federal Crown undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves — Agreements enabling First Nations to take over delivery of federal health services — Health services administered by applicants declared federal undertakings — Nature of applicants' activities delivery of health services, corresponding to federal undertaking pursuant to Constitution Act, 1867, s. 91(24) jurisdiction — Delivery of health services on Indian reserves by federal government connected to treaty rights — Altering jurisdiction for such delivery impermissible abandonment of federal treaty promises.*

*Pensions — Applicants providing health services to their communities pursuant to agreements entered into with federal government (Agreements) — Also providing employee pension*

*« attendus » dans les accords, limitant les considérations prises en compte dans ses décisions — Ce point de vue étroit a eu pour effet de restreindre déraisonnablement l'analyse du critère fonctionnel — Le BSIF a laissé de côté les « attendus » faisant référence aux traités — Les traités et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes — La prestation des services de santé dans les réserves indiennes par le gouvernement fédéral est liée aux droits issus des traités — Changer la compétence à l'égard de cette prestation est un abandon inadmissible des promesses de traités du gouvernement fédéral.*

*Peuples autochtones — Les demandeurs fournissent des services de santé à leurs communautés en vertu d'accords conclus avec le gouvernement fédéral (les accords) — Ils fournissent aussi à leurs employés des régimes de retraite enregistrés auprès du Bureau du surintendant des institutions financières du Canada (le BSIF) — Ce dernier a transféré ces régimes de retraite à l'organisme de réglementation provincial — Les demandeurs ont fait valoir que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l'exploitation quotidienne constituaient une entreprise fédérale — Le BSIF a appliqué le critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU,O) — Il a souligné que la compétence en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et que la composante autochtone de la prestation de services ne changeait pas la nature de l'exploitation et des activités des demandeurs ou de la compétence en matière de relations de travail — Le BSIF n'a fait référence qu'à certains « attendus » dans les accords, limitant les considérations prises en compte dans ses décisions — Ce point de vue étroit a eu pour effet de restreindre déraisonnablement l'analyse du critère fonctionnel — Le BSIF a laissé de côté les « attendus » faisant référence aux traités — Les traités et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes — Les accords permettaient aux Premières Nations de prendre en charge la prestation des services de santé fédéraux — Les services de santé administrés par les demandeurs ont été déclarés être des entreprises fédérales — La nature des activités des demandeurs est la prestation de services de santé qui correspond à l'engagement pris par le gouvernement fédéral en vertu de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — La prestation des services de santé dans les réserves indiennes par le gouvernement fédéral est liée aux droits issus des traités — Changer la compétence à l'égard de cette prestation est un abandon inadmissible des promesses de traités du gouvernement fédéral.*

*Pensions — Les demandeurs fournissent des services de santé à leurs communautés en vertu d'accords conclus avec le gouvernement fédéral (les accords) — Ils fournissent aussi à leurs*

*plans registered with Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI) — OSFI transferring pension plans to provincial pension regulator — Applicants arguing pension plans subject to federal jurisdiction because nature, activities, daily operations constituting federal undertakings — Treaties, Treaty Commissioners' reports making clear federal Crown undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves — Health services administered by applicants declared federal undertakings — Decisions quashed, health services now delivered by applicants declared to be federal undertaking within federal jurisdiction for Constitution Act, 1867, s. 91(24) and to come within meaning of Pension Benefits Standards Act, 1985.*

This was an application for judicial review of two decisions by the Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI) stating that the pension plans of the applicants did not fall under federal jurisdiction and as such were to be registered provincially.

The applicants provide first, second and third level health services to their communities. These services are conducted pursuant to agreements entered into between the applicants and the federal government (the Agreements). The applicants provide registered and enumerated benefits pension plans to their employees that they had originally registered with the OSFI. The OSFI notified the applicants that their pension plans were subject to provincial legislation and as such those plans were transferred to the provincial pension regulator in Saskatchewan. The applicants opposed this determination, taking the position that their pension plans were subject to federal jurisdiction because the nature, activities, and daily operations of the applicants constituted federal undertakings. The OSFI stated that it had applied the functional test set out in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU, O)*. The OSFI concluded that the nature of the applicants' operations were the provision of health care, social services and health services to their on-reserve community residents and constituting members. It noted that general legislative jurisdiction over health and social programs belongs to the provinces and that the distinctive Aboriginal component of the service delivery did not change the nature of the applicants' operations and activities or the jurisdiction over their labour relations. The OSFI also stated that the applicants' Agreements with the federal government only created funding relationships with Health Canada and should not be interpreted as an attempt to regulate the applicants' health services. The applicants requested an order for *certiorari* and a declaration that the jurisdiction for registration of their employee pension plans is federal.

*employés des régimes de retraite enregistrés auprès du Bureau du surintendant des institutions financières du Canada (le BSIF) — Ce dernier a transféré ces régimes de retraite à l'organisme de réglementation provincial — Les demandeurs ont fait valoir que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l'exploitation quotidienne constituaient une entreprise fédérale — Les traités et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes — Les services de santé administrés par les demandeurs ont été déclarés être des entreprises fédérales — Les décisions ont été annulées et les services de santé maintenant dispensés par les demandeurs ont été déclarés être une entreprise fédérale de compétence fédérale en vertu de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 et relever de l'acception de la Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de deux décisions prises par le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada (le BSIF), selon lesquelles les régimes de retraite des demandeurs n'étaient pas de compétence fédérale et devaient donc être enregistrés à l'échelle provinciale.

Les demandeurs fournissent à la fois des services de santé de premier niveau, de deuxième niveau et de troisième niveau à leurs communautés. Ces services sont fournis en vertu d'accords conclus entre les demandeurs et le gouvernement fédéral (les accords). Les demandeurs fournissent à leurs employés un régime de retraite agréé et un régime de retraite à prestations énumérées qu'ils avaient à l'origine enregistrés auprès du BSIF. Ce dernier a informé les demandeurs que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la législation provinciale et, à ce titre, ces régimes ont été transférés à l'organisme de réglementation provincial des régimes de retraite en Saskatchewan. Les demandeurs se sont opposés à cette décision en affirmant que leurs régimes de retraite étaient assujettis à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l'exploitation quotidienne des demandeurs constituaient une entreprise fédérale. Le BSIF a déclaré avoir appliqué le critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union (NIL/TU, O)*. Le BSIF en est arrivé à la conclusion que la nature des activités des demandeurs était la fourniture de services de santé et de services sociaux aux résidents vivant dans la réserve et à leurs membres constituants. Il a souligné que la compétence législative générale en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et a précisé que la composante autochtone distincte de la prestation de services ne changeait pas la nature de l'exploitation et des activités des demandeurs ou de la compétence en matière de relations de travail. Le BSIF a affirmé en outre que les accords conclus par les demandeurs avec le gouvernement fédéral ne faisaient que créer des relations de financement avec Santé Canada et ne devaient pas être interprétés comme une tentative

The main issues were whether the OSFI decisions met the requisite standard of review for the application of the functional test in *NIL/TU,O*, and whether the basis for a declaration (that the applicants' pension plans are a federal government undertaking and fall under federal jurisdiction) was met.

*Held*, the application should be allowed.

The OSFI decisions did not meet the requisite standard of review. The Supreme Court's precise choice of words in articulating the functional test in *NIL/TU,O* is significant. The test "calls for an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question to determine whether it constitutes a federal undertaking" (emphasis added). The word "nature" is not synonymous with "habitual activities and daily operations". It is set out first and has its own separate, and significant, meaning. "Nature" is defined "as a thing's or person's innate or essential qualities or character". The language in the OSFI decisions suggest that the decision maker subordinated "nature" to "normal, habitual activities". OSFI erred by hollowing out the functional test in failing to have regard to an essential quality of the activity being the underlying reason for the activities. "Whereas" recitals set out facts that are to be taken into consideration in a document and often indicate the context for the making of an agreement. The OSFI only referred to certain "whereas" recitals at the beginning of the Agreements, narrowing the considerations taken into account in its decisions. The effect of this narrowed perspective was to unreasonably restrict the functional test analysis conducted by the OSFI. Copies of certain Treaties and the accompanying Treaty Commissioners' reports were not included in the material before the OSFI. However, these treaties were referenced in the Agreements and, as important historical documents, could not be ignored. The recitals referencing the Treaties give context and meaning to the nature of the Agreements every bit as much, indeed more, as the recitals the OSFI chose to emphasize in its decisions. The historic Treaties and the Treaty Commissioners' reports make it clear that the federal Crown undertook to provide health services to the Indians on Indian reserves. The recitals in the Agreements set out the context for the agreed transfer to the applicants of federal health services delivery that had been promised during the making of the Treaties. This federal undertaking is not merely the result of any recent federal spending policy. Accordingly, the Agreements were made to enable the First Nations to take over delivery of federal health services being delivered by the federal government consistent with the solemn promises made to the Indians in treaty by the federal Crown. The mere fact

de réglementer les services de santé des demandeurs. Les demandeurs ont demandé un *certiorari* et un jugement déclaratoire selon lequel l'enregistrement de leurs régimes de retraite pour les employés est de compétence fédérale.

Il s'agissait principalement de savoir si les décisions du BSIF respectaient la norme de contrôle requise pour l'application du critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt *NIL/TU,O*, et si le bien-fondé d'un jugement déclaratoire (que les régimes de retraite des demandeurs sont une entreprise d'une administration fédérale et sont de compétence fédérale) a été établi.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les décisions du BSIF n'ont pas satisfait à la norme de contrôle requise. Le choix précis des mots de la Cour suprême pour faire ressortir le critère fonctionnel dans l'arrêt *NIL/TU,O* est significatif. Le critère « requiert l'examen de la nature, des activités habituelles et de l'exploitation quotidienne de l'entité en question afin de déterminer s'il s'agit d'une entreprise fédérale » (non souligné dans l'original). Le mot « nature » n'est pas synonyme d'« activités habituelles et d'exploitation quotidienne ». Il est présenté en premier et a son propre sens distinct et significatif. « Nature » est définie « comme un ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète ou abstraite, généralement considérés comme constituant un genre ». Le libellé des décisions du BSIF laisse croire que le décideur a subordonné la « nature » à « des activités normales et habituelles ». Le BSIF a commis une erreur en écartant le critère fonctionnel lorsqu'il n'a pas tenu compte d'une qualité essentielle de l'activité constituant la raison sous-jacente des activités. Les « attendus » énoncent des faits qui doivent être pris en considération dans un document et indiquent souvent le contexte donnant lieu à un accord. Le BSIF n'a fait référence qu'à certains « attendus » au début des accords, limitant les considérations prises en compte dans ses décisions. Ce point de vue étroit a eu pour effet de restreindre déraisonnablement l'analyse du critère fonctionnel menée par le BSIF. Les copies de certains traités et les rapports des commissaires aux traités les accompagnant n'ont pas été inclus dans les documents présentés au BSIF. Cependant, ces traités ont été mentionnés dans les accords et ne pouvaient être laissés de côté en tant que documents historiques importants. Les « attendus » faisant référence aux traités donnent à la nature des accords un contexte et un sens tout autant, voire plus, que les « attendus » que le BSIF a choisi de souligner dans ses décisions. Les traités historiques et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes. Les attendus des accords précisent le contexte du transfert convenu aux demandeurs de la prestation de services de santé fédéraux promis lors de la conclusion des traités. Cet engagement fédéral n'est pas simplement le résultat d'une politique récente de dépenses du gouvernement fédéral. Par conséquent, les accords ont été

that provincial regulation of general application is applicable was not enough to bring the applicants under provincial jurisdiction when they are engaged in delivering promised federal Crown health services. The OSFI failed to consider this essential factor concerning the nature of the applicants' activities in delivering health services.

The health services previously delivered by the federal government and now administered by the applicants were declared to be federal undertakings within federal jurisdiction. Historical background about the provision of health services on Indian reserves, the historical documentary record on the Treaties, and Treaty Commissioners' reports provided a basis for considering the request for declaratory relief. The federal Crown's treaty promises and assurances of health services were not merely transitory or empty promises, nor were they directed only to the specific recipients of each treaty. The federal government's undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves is broader than just the treaty promises. The provision of health services to the Indians is a long standing, century-long federal undertaking in keeping with the treaty relationship between the applicant First Nations and the federal government. Applying the functional test, the nature of the applicants' activities is the delivery of health services that correspond to the federal undertaking to provide health services to the First Nations and their members on Indian reserves. This undertaking comes within federal jurisdiction pursuant to subsection 91(24) jurisdiction *Constitution Act, 1867*. In the application at hand, the delivery of health services on Indian reserves by the federal government is closely connected to the rights of Indians whose First Nations entered into treaty in reliance of the treaty promises and oral assurances given to them by the federal Crown. To alter the jurisdiction for such delivery to provincial jurisdiction is an impermissible abandonment of the federal treaty promises and assurances to provide health services. The fact that the applicants are provincial non-profit corporations does not change the fundamental nature of the activities performed. This was not an instance of co-operative federalism. The Saskatchewan provincial government was not party to the Agreements and there was no delegation of authority over health to the applicants. The decisions were quashed. The health services now delivered by the applicants were declared to be a federal undertaking within federal jurisdiction for subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and to come within the meaning of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*.

conclus afin de permettre aux Premières Nations de prendre en charge la prestation des services de santé fédéraux fournis par le gouvernement fédéral, conformément aux promesses solennelles faites aux Indiens par la Couronne. Le simple fait que la loi provinciale soit applicable ne suffisait pas à faire en sorte que les demandeurs soient assujettis à la compétence provinciale lorsqu'ils fournissent des services de santé promis par la Couronne fédérale. Le BSIF n'a pas tenu compte de ce facteur essentiel en ce qui concerne la nature des activités des demandeurs dans la prestation des services de santé.

Les services de santé fournis auparavant par le gouvernement fédéral et désormais administrés par les demandeurs ont été déclarés être des entreprises fédérales de compétence fédérale. Un historique des services de santé fournis dans les réserves indiennes, les archives documentaires historiques sur les traités et les rapports des commissaires aux traités ont été fournis et ont servi de point de départ à un examen de la demande de jugement déclaratoire. Les promesses de traités de la Couronne fédérale et les assurances de services de santé n'étaient pas simplement des promesses transitoires ou vaines, pas plus qu'elles ne visaient uniquement les bénéficiaires spécifiques de chaque traité. L'engagement pris par le gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes va au-delà des promesses contenues dans les traités. La fourniture de services de santé aux Indiens est un engagement fédéral, vieux de cent ans, pris en conformité avec la relation fondée sur le traité conclu entre les Premières Nations des demandeurs et le gouvernement fédéral. Si l'on applique le critère fonctionnel, la nature des activités des demandeurs est la prestation de services de santé qui correspondent à l'engagement pris par le gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux Premières Nations et à leurs membres dans les réserves indiennes. Cette entreprise relève de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans la présente demande, la prestation des services de santé dans les réserves indiennes par le gouvernement fédéral est étroitement liée aux droits des Indiens dont les Premières Nations ont conclu un traité en s'appuyant sur les promesses des traités et les assurances verbales qui leur ont été faites par la Couronne fédérale. Changer la compétence à l'égard de cette prestation pour en faire une compétence provinciale est un abandon inadmissible des promesses de traités et des assurances du gouvernement fédéral de fournir des services de santé. Le fait que les demandeurs soient des entreprises provinciales sans but lucratif ne modifie pas la nature fondamentale des activités réalisées. Il ne s'agissait pas d'un cas de fédéralisme coopératif. Le gouvernement provincial de la Saskatchewan n'était pas une partie aux accords, et il n'y a pas eu de délégation de pouvoir en matière de santé aux demandeurs. Les décisions ont été annulées. Les services de santé maintenant dispensés par les demandeurs ont été déclarés être une entreprise fédérale de compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et relever de l'acceptation de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], s. 91(24).  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 “federal work, undertaking or business”, 108.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(24), 92(7),(13),(16).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2),(3)(b).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 32, ss. 4(1),(2) “pension plan”, (3) “supplemental pension plan”, (4) “included employment”.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 5 (1875).  
 Treaty No. 6 (1876).  
 Treaty No. 8 (1899).  
 Treaty No. 10 (1906).

## CASES CITED

## APPLIED:

*NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Canada (Attorney General) v. Munsee-Delaware Nation*, 2015 FC 366, 25 C.C.E.L. (4th) 167; *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212; *Four B Manufacturing v. United Garment Workers*, [1980] 1 S.C.R. 1031, (1979), 102 D.L.R. (3d) 385; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 SCC 46, [2010] 2 S.C.R. 737, affg 2008 FCA 338, 383 N.R. 330; *Francis v. Canada Labour Relations Board*, [1981] 1 F.C. 225, [1981] 2 C.N.L.R. 126 (C.A.), revd [1982] 2 S.C.R. 72, (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, (1996), 181 A.R. 321.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5], art. 91(24).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 « entreprises fédérales », 108.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24), 92(7),(13),(16).  
*Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 32, art. 4(1),(2) « régime de pension », (3) « régime complémentaire », (4) « emploi inclus ».  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2),(3)b).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 5 (1875).  
 Traité n° 6 (1876).  
 Traité n° 8 (1899).  
 Traité n° 10 (1906).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Canada (Procureur général) c. Nation Munsee-Delaware*, 2015 CF 366; *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212; *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 CSC 46, [2010] 2 R.C.S. 737, confirmant 2008 CAF 338; *Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1981] 1 C.F. 225 (C.A.), inf. par [1982] 2 R.C.S. 72; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

## REFERRED TO:

*Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.).

## AUTHORS CITED

*The Canadian Oxford Dictionary*. Toronto: Oxford University Press, 1998, “nature”, “whereas”.

APPLICATION for judicial review of two decisions by the Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada stating that the pension plans of the applicants did not fall under federal jurisdiction and as such were to be registered provincially. Application allowed.

## APPEARANCES

*Carl Nahachewsky* for applicants.  
*Cailen Brust* and *Marlon Miller* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Nahachewsky Law Office*, Prince Albert, Saskatchewan, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by*

[1] MANDAMIN J.: The Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (NITHA) and Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (PBCNHS), the applicants, seek judicial review of two decisions communicated by James Rogers, Relationship Manager for the Office of the Superintendent of Financial Institutions of Canada (OSFI), on February 28, 2017 (the Decisions).

[2] Mr. Rogers is the Relationship Manager with the Private Pension Plans Division of OSFI. Mr. Rogers stated that OSFI was reaffirming its previously held position that the pension plans of the applicants do not fall under federal jurisdiction and as such are to be registered provincially.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.).

## DOCTRINE CITÉE

*Le Petit Robert : Dictionnaire de la langue française*. Paris : Le Robert, 2002, « attendu », « nature ».

DEMANDE de contrôle judiciaire de deux décisions prises par le Bureau du surintendant des institutions financières du Canada selon lesquelles les régimes de retraite des demandeurs n'étaient pas de compétence fédérale et devaient donc être enregistrés à l'échelle provinciale. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Carl Nahachewsky* pour les demandeurs.  
*Cailen Brust* et *Marlon Miller* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Nahachewsky Law Office*, Prince Albert, Saskatchewan, pour les demandeurs.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (NITHA) et Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (PBCNHS), les demandeurs, demandent le contrôle judiciaire de deux décisions communiquées par M. James Rogers, gestionnaire des relations au Bureau du surintendant des institutions financières (le BSIF), le 28 février 2017 (les décisions).

[2] M. Rogers est gestionnaire des relations à la Division des régimes de retraite privés du BSIF. M. Rogers a déclaré que le BSIF réaffirmait sa position antérieure, à savoir que les régimes de retraite des demandeurs ne sont pas de compétence fédérale et doivent donc être enregistrés à l'échelle provinciale.



[3] The applicants say they took on delivery of the long-standing federal government's obligation to provide health services to First Nation members. These health services would revert to federal government delivery should the applicants cease to provide the services. The applicants submit their pension plans fall under federal jurisdiction and are to be registered federally.

[4] On review of the submissions by the parties (the applicants and respondent) and the evidence before the OSFI decision maker, I agree with the applicants and grant the application for *certiorari*. Further, based on that evidence and the additional historical evidence provided by the parties subsequent to the hearing, I also grant the application for a declaration that the applicants' pension plans are a federal government undertaking and fall under federal jurisdiction.

[5] My reasons follow.

I. Background

A. *Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (PBCNHS)*

[6] PBCNHS is a non-profit corporation incorporated to deliver health services for the Peter Ballantyne Cree Nation. It was registered in Saskatchewan on March 10, 1995 and its registered office is located in Prince Albert, Saskatchewan, on the Chief Joseph Custer Reserve #201 which was formerly known as the Opawikoscikan Reserve #201.

[7] On March 17, 1995, shortly after PBCNHS's incorporation, the federal government and Peter Ballantyne Cree Nation and PBCNHS entered into an agreement that made PBCNHS responsible for the delivery, administration, provision and control of federal health services and programs provided to members of the Peter Ballantyne Cree Nation. PBCNHS has since then entered into four subsequent agreements with these same parties for delivery of the health services.

[3] Les demandeurs disent qu'ils se sont acquittés de l'obligation qui incombe depuis longtemps au gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux membres des Premières Nations. La prestation de ces services de santé reviendrait au gouvernement fédéral si les demandeurs cessaient de fournir les services. Les demandeurs affirment que leurs régimes de retraite sont de compétence fédérale et doivent être enregistrés au palier fédéral.

[4] Après avoir examiné les observations présentées par les parties (les demandeurs et les défendeurs) et les éléments de preuve soumis au décideur du BSIF, je suis d'accord avec les demandeurs et j'accueille la demande de *certiorari*. En outre, en me fondant sur ces éléments de preuve et la preuve historique supplémentaire fournie par les parties après l'audience, j'accueille également la demande de jugement déclaratoire portant que les régimes de retraite des demandeurs sont une entreprise d'une administration fédérale et sont de compétence fédérale.

[5] Mes motifs sont exposés ci-après.

I. Contexte

A. *Peter Ballantyne Cree Nation Health Services Incorporated (PBCNHS)*

[6] PBCNHS est une entreprise sans but lucratif constituée en société pour la prestation de services de santé à la Nation crie Peter Ballantyne. Elle a été enregistrée en Saskatchewan le 10 mars 1995, et son siège social est situé à Prince Albert, en Saskatchewan, dans la réserve Chief Joseph Custer n° 201, anciennement connue sous le nom de réserve Opawikoscikan n° 201.

[7] Le 17 mars 1995, peu après la constitution de PBCNHS, le gouvernement fédéral, la Nation crie Peter Ballantyne et PBCNHS ont conclu un accord en vertu duquel PBCNHS était chargé de la prestation, de l'administration, de la fourniture et du contrôle de services et programmes de santé fédéraux fournis aux membres de la Nation crie Peter Ballantyne. PBCNHS a depuis lors conclu quatre accords ultérieurs avec ces mêmes parties pour la prestation des services de santé.

[8] The Peter Ballantyne Cree Nation has about 6 286 on-reserve members to which PBCNHS provides on-reserve health programs and services. PBCNHS provides these programs and services through three primary care centers (located in Pelican Narrows, Deschambault Lake, and Southend) and two community health centers (located in Sturgeon Landing and Kinoosao). All five of these centers are located on reserves in northern Saskatchewan.

[9] Under the most recent agreement PBCNHS provides both first level services (those offered directly in the community) and second level services (administration, co-ordination, training and technical support, supplied from its central office that is located on-reserve in Prince Albert). First level services and programs being provided include: Primary Health Care-Health Child Development, Mental Wellness, Healthy Living, Communicable Disease Control and Management, Clinical and Client Care, and Home and Community Care. Second level services and programs being provided include Health Infrastructure Support, Health System Capacity, Health Planning and Quality Management, and Health Facilities.

[10] There are 148 allocated positions at PBCNHS and 137 of these positions were occupied in September 2017. Of these 137 occupied positions, 115 are members of the Peter Ballantyne Cree Nation which is approximately 84 percent of all occupied positions.

[11] As an employer, PBCNHS provides a registered pension plan to its employees. It had originally registered this plan with the federal authority for this purpose, OSFI (OSFI Registration No: 56930).

[12] PBCNHS does not own an airstrip or a pharmacy, however it does share ownership jointly, along with the Peter Ballantyne Cree Nation, of an ambulance corporation that provides services to the Cree Nation's remote communities. The affiant for PBCNHS states the ambulance corporation complies with provincial regulation and

[8] La Nation crie Peter Ballantyne compte environ 6 286 membres vivant dans les réserves, auxquels PBCNHS offre des programmes et des services de santé dans les réserves. PBCNHS fournit ces programmes et services par l'intermédiaire de trois centres de soins primaires (situés à Pelican Narrows, Deschambault Lake et Southend) et de deux centres de santé communautaires (situés à Sturgeon Landing et à Kinoosao). Ces cinq centres sont situés dans des réserves du Nord de la Saskatchewan.

[9] Aux termes de l'accord le plus récent, PBCNHS fournit à la fois des services de premier niveau (ceux offerts directement dans la collectivité) et des services de deuxième niveau (administration, coordination, formation et soutien technique, fournis par son bureau central situé dans la réserve à Prince Albert). Les services et les programmes de premier niveau qui sont fournis comprennent : soins de santé primaires — développement des enfants en santé, bien-être mental, vie saine, contrôle et gestion des maladies transmissibles, pratique clinique et soins aux clients, soins à domicile et en milieu communautaire. Les services et programmes de deuxième niveau qui sont fournis comprennent : soutien à l'infrastructure de santé, capacité du système de santé, planification de la santé et gestion de la qualité et établissements de santé.

[10] Il y a 148 postes affectés au PBCNHS, et 137 de ces postes étaient occupés en septembre 2017. Sur ces 137 postes occupés, 115 le sont par des membres de la Nation crie Peter Ballantyne, ce qui représente environ 84 p. 100 des postes occupés.

[11] En tant qu'employeur, PBCNHS fournit un régime de retraite agréé à ses employés. À l'origine, il avait enregistré à cette fin ce régime auprès de l'autorité fédérale, le BSIF (numéro d'enregistrement du BSIF : 56930).

[12] PBCNHS ne possède pas de piste d'atterrissage ni de pharmacie, mais il partage avec la Nation crie Peter Ballantyne la copropriété d'une société d'ambulances fournissant des services aux collectivités isolées de la nation crie. Le déposant pour PBCNHS déclare que la société d'ambulances se conforme à la réglementation

is entirely separate from the first and second level services PBCNHS provides.

[13] The affiant for PBCNHS states that “[i]n cases where the On-Reserve resident Peter Ballantyne Cree Nation member requires non-Federal health programs or services off-Reserve, such as hospitalization, these programs and services are provided by the Province of Saskatchewan”.

[14] The PBCNHS affiant states that if they were to reject federal funding there is no other source of funding to allow PBCNHS to continue to exist as it does. The affiant states that adhering to provincial regulation by health programs on-reserve occurs to ensure proper standards are met because there are no federal guidelines or legislation that are directly applicable.

[15] The PBCNHS affiant goes on to state that in the event the current agreement was terminated, or PBCNHS was not able to provide the first and second level services, the responsibility for providing these first and second level services would revert back to the federal government and not to the Province of Saskatchewan. The affiant further states that if the federal government was providing these same services (i.e. if PBCNHS did not exist) then federal government employees would also follow provincial guidelines and legislation for health services.

*B. The lead up to the Decision under review with respect to PBCNHS*

[16] In correspondence dated May 10, 2012, James Rogers (a Project Specialist with the Private Pension Plans Division of OSFI at that time) notified PBCNHS that OSFI had determined their pension plan was subject to provincial legislation and as such it was to be transferred to the provincial pension regulator in Saskatchewan. In correspondence dated May 30, 2012, the transfer was confirmed by the Saskatchewan Financial Services Commission—Pension Division (SFSC).

provinciale et est entièrement distincte des services de premier et de deuxième niveaux fournis par PBCNHS.

[13] Le déposant pour PBCNHS déclare : [TRADUCTION] « Dans les cas où le membre de la Nation crie Peter Ballantyne, résident de la réserve, a besoin de programmes ou de services de santé non fédéraux hors réserve, comme l’hospitalisation, ces programmes et services sont fournis par la province de la Saskatchewan ».

[14] Le déposant de PBCNHS déclare que, s’ils refusaient un financement fédéral, il n’y a pas d’autre source de financement permettant à PBCNHS de continuer d’exister tel quel. Le déposant déclare que les programmes de santé dans les réserves adhèrent à la réglementation provinciale afin de garantir le respect de normes appropriées, car il n’existe pas de lignes directrices ou de législation fédérales directement applicables.

[15] Le déposant de PBCNHS poursuit en déclarant que, si l’accord actuel était résilié ou que PBCNHS n’était pas en mesure de fournir les services de premier et de deuxième niveaux, la responsabilité de fournir ces services de premier et de deuxième niveaux reviendrait au gouvernement fédéral et non à la province de la Saskatchewan. Le déposant déclare en outre que, si le gouvernement fédéral fournissait ces mêmes services (c’est-à-dire si PBCNHS n’existait pas), les employés du gouvernement fédéral respecteraient également les lignes directrices et la législation provinciales en matière de services de santé.

*B. Avant la décision faisant l’objet d’un contrôle en ce qui concerne PBCNHS*

[16] Dans une lettre datée du 10 mai 2012, M. James Rogers (spécialiste de projet à la Division des régimes de retraite privés du BSIF à l’époque) a informé PBCNHS que le BSIF avait décidé que son régime de retraite était assujéti à la législation provinciale et, à ce titre, il devait être transféré à l’organisme de réglementation provincial des régimes de retraite en Saskatchewan. Dans une lettre en date du 30 mai 2012, le transfert a été confirmé par la Commission des services financiers de la Saskatchewan — Division des pensions (la SFSC).

[17] PBCNHS opposed this determination in correspondence dated April 2, 2013, taking the position that the pension plan is subject to federal jurisdiction because the nature, activities, and daily operations of PBCNHS constitute a federal undertaking.

[18] PBCNHS asked what it would need to do to return its pension plan back to federal registration with OSFI. The affiant for PBCNHS reports that “OSFI did not advise them in relation to the Federal re-registration of the Registered Pension Plan”.

[19] PBCNHS sent further correspondence to OSFI dated February 11, 2014, reasserting its position its pensions were to be registered federally. In correspondence dated June 10, 2014, James Rogers (now as supervisor with OSFI) advised PBCNHS that OSFI maintained its determination that the pension plan was to be registered provincially.

[20] There was a legal challenge in court over this matter. An agreement was reached December 6, 2016, to have the matter redetermined no later than March 1, 2017, with any judicial review of that redetermination to be brought in the Federal Court.

*C. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (NITHA)*

[21] NITHA is a non-profit corporation that was incorporated and registered in Saskatchewan on May 8, 1998. Its registered office is located in Prince Albert, Saskatchewan, on the Chief Joseph Custer Reserve #201 which was formerly known as the Opawikoscikan Reserve #201.

[22] NITHA provides third level health programs and services to four groups (its constituting members): the Prince Albert Grand Council, the Meadow Lake Tribal Council, the Lac La Ronge Indian Band, and the Peter Ballantyne Cree Nation (through the latter Nation’s health corporation, PBCNHS (the co-applicant)).

[17] PBCNHS s’est opposé à cette décision dans une lettre datée du 2 avril 2013 en affirmant que le régime de retraite est assujéti à la compétence fédérale, car la nature, les activités et l’exploitation quotidienne de PBCNHS constituent une entreprise fédérale.

[18] PBCNHS a demandé ce qu’il faudrait faire pour que son régime de retraite revienne à l’enregistrement fédéral auprès du BSIF. Le déposant de PBCNHS a indiqué : [TRADUCTION] « Le BSIF ne les avait pas informés en ce qui concerne le réenregistrement du régime de retraite agréé auprès du gouvernement fédéral ».

[19] PBCNHS a envoyé une autre lettre au BSIF en date du 11 février 2014 dans laquelle il réaffirmait que ses régimes de retraite devaient être enregistrés au niveau fédéral. Dans une lettre datée du 10 juin 2014, M. James Rogers (maintenant surveillant au BSIF) a informé PBCNHS que le BSIF avait maintenu sa décision selon laquelle le régime de retraite devait être enregistré au palier provincial.

[20] Cette affaire a été contestée devant les tribunaux. Le 6 décembre 2016, une entente a été conclue afin que l’affaire fasse l’objet d’une nouvelle décision au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2017, tout contrôle judiciaire de cette nouvelle décision devant être présenté devant la Cour fédérale.

*C. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc. (NITHA)*

[21] NITHA est une entreprise sans but lucratif qui a été constituée en société et enregistrée en Saskatchewan le 8 mai 1998. Son siège social est situé à Prince Albert, en Saskatchewan, dans la réserve Chief Joseph Custer n° 201, anciennement connue sous le nom de réserve Opawikoscikan n° 201.

[22] NITHA fournit des programmes et des services de santé de troisième niveau à quatre groupes (ses membres constituants) : le Grand conseil de Prince Albert, le Conseil tribal de Meadow Lake, la Bande indienne de Lac La Ronge et la Nation crie Peter Ballantyne (par l’intermédiaire de la personne morale dispensant des services de santé de cette dernière Nation, PBCNHS (le codemandeur)).

[23] These third level services have been, and continue to be, conducted pursuant to agreements entered into between NITHA and the federal government. The first of these agreements commenced 2000–2001 and was followed by the subsequent agreements, amendments and extensions.

[24] Third level health services are those of a coordination and advisory nature in support of second level services in the community. These third level services and programs are itemized as:

- medical health officer and communicable disease control services,
- nursing program support and advisory services, including nursing practice consultant,
- nursing recruitment and retention services,
- dental officer services,
- environmental health support and advisory services,
- addictions support and advisory services,
- health education support and advisory services,
- mental health support and advisory services,
- nutritionist services,
- health careers and training support,
- policy, planning and research services,
- informatics services; and
- management and administration.

[23] Ces services de troisième niveau ont été fournis et continuent de l'être en vertu d'accords conclus entre NITHA et le gouvernement fédéral. Le premier de ces accords a débuté en 2000–2001 et a été suivi par les accords, modifications et prolongations ultérieurs.

[24] Les services de santé de troisième niveau sont ceux qui ont un caractère de coordination et de conseils au soutien des services de deuxième niveau dans la collectivité. Ces services et programmes de troisième niveau sont détaillés de la façon suivante :

- médecin hygiéniste et services de contrôle des maladies transmissibles,
- services de soutien et de conseil pour les programmes de soins infirmiers, y compris un consultant en pratique des soins infirmiers;
- services de recrutement et de maintien en poste du personnel infirmier;
- services de dentiste;
- services de soutien et de conseil en matière de santé environnementale;
- services de soutien et de conseil en toxicomanie;
- services de soutien et de conseil liés à d'éducation en matière de santé;
- services de soutien et de conseil en santé mentale;
- services de nutritionniste;
- carrières dans le domaine de la santé et soutien à la formation;
- services en matière de politiques, de planification et de recherche;
- services informatiques;
- gestion et administration.

[25] NITHA provides an enumerated benefits pension plan to its employees and had originally registered it with OSFI.

[26] The affiant for NITHA states that it adopts provincial regulations and guidelines to ensure proper standards are met because there are no directly applicable federal guidelines or legislation. Furthermore, the affiant asserts that if the federal government was providing these same services (i.e. if NITHA did not exist) then federal government employees would also follow provincial guidelines and legislation for health services.

[27] The NITHA affiant also states that in the event the current agreement was terminated, or NITHA was not able to provide the third level services, the responsibility for providing these third level services would revert back to the federal government and not to the Province of Saskatchewan. The affiant further states that in the event NITHA were to reject federal funding there is no other source of funding to allow NITHA to continue to exist.

[28] The partners of NITHA do not receive funding for emergency response coordinator positions (the affiant states this is a second level service) and NITHA provides this funding through its own program and services funding.

*D. The lead up to the Decision under review with respect to NITHA*

[29] In correspondence dated August 30, 2013, Nancy Desormeaux (a supervisor with the Private Pension Plans Division of OSFI) notified NITHA that OSFI had determined their pension plan was subject to provincial legislation and as such it was transferred effective August 1, 2013, to the provincial pension regulator in Saskatchewan.

[30] NITHA opposed this determination in correspondence dated February 14, 2014, taking the position that the pension plan is subject to federal jurisdiction because

[25] NITHA offre un régime de retraite à prestations énumérées à ses employés et l'avait initialement enregistré auprès du BSIF.

[26] Le déposant de NITHA déclare qu'il adopte des lignes directrices et des règlements provinciaux afin de garantir le respect de normes appropriées, car il n'existe pas de lignes directrices ou de législation fédérales directement applicables. En outre, le déposant affirme que si le gouvernement fédéral fournissait ces mêmes services (c'est-à-dire si NITHA n'existait pas), les employés du gouvernement fédéral respecteraient également les lignes directrices et la législation provinciales en matière de services de santé.

[27] Le déposant de NITHA mentionne également que, si l'accord actuel était résilié ou que NITHA n'était pas en mesure de fournir les services de troisième niveau, la responsabilité de fournir ces services de troisième niveau reviendrait au gouvernement fédéral et non à la province de la Saskatchewan. Le déposant déclare en outre que, dans l'éventualité où NITHA refuserait un financement fédéral, il n'y a pas d'autre source de financement lui permettant de continuer d'exister.

[28] Les partenaires de NITHA ne reçoivent pas de financement pour les postes de coordonnateur des interventions d'urgence (le déposant affirme qu'il s'agit d'un service de deuxième niveau), et NITHA fournit ce financement dans le cadre du financement de son programme et de ses services.

*D. Avant la décision faisant l'objet d'un contrôle en ce qui concerne NITHA*

[29] Dans une lettre datée du 30 août 2013, M<sup>me</sup> Nancy Desormeaux (une surveillante à la Division des régimes de retraite privés du BSIF) a informé NITHA que le BSIF avait décidé que son régime de retraite était assujéti à la législation provinciale et, à ce titre, il a été transféré à l'organisme de réglementation provincial des régimes de retraite en Saskatchewan le 1<sup>er</sup> août 2013.

[30] NITHA s'est opposé à cette décision dans une lettre datée du 14 février 2014, affirmant que le régime de retraite est assujéti à la compétence fédérale, car la nature,

the nature, activities, and daily operations of NITHA constitute a federal undertaking. NITHA requested that OSFI recognize that the pension plan falls under federal jurisdiction and advise them of the required steps to return to registration with OSFI.

[31] In correspondence dated June 10, 2014, James Rogers (now as supervisor with OSFI) advised NITHA that OSFI maintained its determination that the pension plan was to be registered provincially.

[32] There was a legal challenge in court over this matter. An agreement was reached December 6, 2016, to have the matter redetermined no later than March 1, 2017, with any judicial review of that redetermination to be brought in the Federal Court.

## II. The Decisions

[33] The OSFI Decisions, which were reconsiderations of previous decisions, were communicated by James Rogers in letters dated February 28, 2017.

### A. *The Decision with respect to PBCNHS*

[34] James Rogers states that the OSFI Decision has been made by applying the test set out in the Supreme Court of Canada's (S.C.C.'s) judgment in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 (*NIL/TU, O*). He writes in the Decision that OSFI must first consider the "functional test" to determine whether the entity constitutes a federal undertaking and if this test is inconclusive it is to then proceed to look at whether provincial regulation would impair the core of a federal head of power.

[35] OSFI states that using the functional test it has "examined PBCNHS's normal, habitual activities based on all the information provided to us and have arrived at the conclusion that the nature of PBCNHS's operations are the provision of health care and social services to the on-reserve community residents in Pelican Narrows, Deschambault Lake, Southend, and Sturgeon Landing".

les activités et l'exploitation quotidienne de NITHA constituent une entreprise fédérale. NITHA a demandé que le BSIF reconnaisse que le régime de retraite est de compétence fédérale et qu'il l'informe des mesures à prendre pour revenir à l'enregistrement auprès du BSIF.

[31] Dans une lettre datée du 10 juin 2014, M. James Rogers (maintenant en tant que surveillant au BSIF) a informé NITHA que le BSIF maintenait sa décision selon laquelle le régime de retraite devait être enregistré au palier provincial.

[32] Cette affaire a été contestée devant les tribunaux. Le 6 décembre 2016, une entente a été conclue afin que l'affaire fasse l'objet d'une nouvelle décision au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2017, tout contrôle judiciaire de cette nouvelle décision devant être présenté devant la Cour fédérale.

## II. Décisions

[33] Les décisions du BSIF, qui étaient un nouvel examen de décisions antérieures, ont été communiquées par M. James Rogers par lettres datées du 28 février 2017.

### A. *La décision relative à PBCNHS*

[34] M. James Rogers déclare que la décision du BSIF a été prise en application du critère énoncé dans le jugement de la Cour suprême du Canada (la C.S.C.) dans l'arrêt *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 (l'arrêt *NIL/TU, O*). Il écrit dans la décision que le BSIF doit d'abord examiner le « critère fonctionnel » pour établir si l'entité constitue une entreprise fédérale, et si ce critère n'est pas concluant, il doit ensuite examiner si la réglementation provinciale porterait atteinte au contenu essentiel d'un chef de compétence fédérale.

[35] Le BSIF a déclaré avoir appliqué le critère fonctionnel pour [TRADUCTION] « examiner les activités habituelles et normales de PBCNHS en se fondant sur tous les renseignements qui [lui] ont été fournis et en arriver à la conclusion que la nature des activités de PBCNHS est la fourniture de soins de santé et de services sociaux aux résidents vivant dans la réserve à Pelican Narrows, à

OSFI notes that general legislative jurisdiction over health and social programs belongs to the provinces and states that the distinctive Aboriginal component of the service delivery does not change the nature of PBCNHS's operations and activities or the jurisdiction over its labour relations.

[36] OSFI takes note of PBCNHS's argument that the services it provides are those that are a responsibility of the federal government but OSFI states that the agreements and jurisprudence only create funding relationships and should not be interpreted as an attempt to regulate PBCNHS's health services. In support of this OSFI lists the following points:

- Past jurisprudence has held that although the federal government has the power to spend money and impose conditions on which the money is available this should not be taken as an intention to regulate the entirety of the area to which money is provided.
- The most recent agreement supports OSFI's position in their opinion as:
  - the preamble sets out that it is an agreement to provide funds for the provision of certain services and that it does not affect constitutional rights;
  - although PBCNHS must submit reports to Health Canada, and Health Canada may audit them and recover unauthorized spending, such control is to make sure that PBCNHS remains eligible for funding and those funds are used as prescribed;
  - although Health Canada is empowered to take necessary steps in the case of a health emergency this should not factor into the functional test as it is merely a casual factor;

Deschambault Lake, à Southend et à Sturgeon Landing ». Le BSIF souligne que la compétence législative générale en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et précise que la composante autochtone distincte de la prestation de services ne change pas la nature de l'exploitation et des activités de PBCNHS ou de la compétence en matière de relations de travail.

[36] Le BSIF prend note de l'argument de PBCNHS selon lequel les services qu'il fournit relèvent de la responsabilité du gouvernement fédéral, mais il affirme que les accords et la jurisprudence ne font que créer des relations de financement et ne doivent pas être interprétés comme une tentative de réglementer les services de santé de PBCNHS. À l'appui de cette déclaration, le BSIF énumère les points suivants :

- La jurisprudence a établi que, bien que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de dépenser de l'argent et d'imposer les conditions selon lesquelles l'argent est disponible, cela ne doit pas être interprété comme une intention de réglementer l'ensemble du domaine à l'égard duquel l'argent est fourni.
- L'accord le plus récent appuie la position du BSIF dans son opinion :
  - le préambule indique qu'il s'agit d'un accord prévoyant des fonds pour la fourniture de certains services et qu'il ne porte pas atteinte aux droits constitutionnels;
  - bien que PBCNHS doive soumettre des rapports à Santé Canada et que Santé Canada puisse les vérifier et recouvrer les dépenses non autorisées, ce contrôle permet de s'assurer que PBCNHS reste admissible au financement et que ces fonds sont utilisés de la manière prescrite;
  - bien que Santé Canada soit habilitée à prendre les mesures nécessaires en cas d'urgence sanitaire, cela ne devrait pas être pris en compte dans le critère fonctionnel, car il s'agit simplement d'un facteur occasionnel;



- PBCNHS could refuse funding or terminate the agreement if it wanted and as such would be able to avoid complying with any conditions from the federal government, meaning it is not federally regulated;
- the agreement states it does not create an agency, employer-employee, association, or joint venture between Health Canada and PBCNHS, meaning that there is no link between the federal government and the provision of services (it is only a funding relationship);
- the agreement does not have a provision about the management of labour relations.
- PBCNHS pourrait refuser le financement ou résilier l'accord s'il le souhaitait et, à ce titre, pourrait éviter de se conformer aux conditions imposées par le gouvernement fédéral, ce qui signifie qu'il n'est pas réglementé par le gouvernement fédéral;
- l'accord mentionne qu'il ne crée pas d'organisme, de relation employeur-employé, d'association ou de coentreprise entre Santé Canada et PBCNHS, ce qui signifie qu'il n'existe aucun lien entre le gouvernement fédéral et la fourniture de services (il s'agit uniquement d'une relation de financement);
- l'accord ne contient aucune disposition concernant la gestion des relations de travail.

[37] OSFI states that although PBCNHS stated in correspondence that provincial legislation applicable to the provision of its federal on-reserve health services and programs does not exist, its documents point to the contrary (PBCNHS had since clarified this point by stating that it meant there was nothing from the Province delegating the provision of these services to PBCNHS). The OSFI notes some of the following points from PBCNHS's materials:

- it has referenced that it is challenging to meet provincial requirements to use a certain transportation vehicle;
- provincial licencing requirements for paramedics must be met;
- it lists the number of First Responders registered with Saskatchewan Health and the number of emergency medical responders licenced with the Saskatchewan College of Paramedics;
- Nurses have annual reviews for renewal as required by the Saskatchewan Registered Nurses Association;

[37] Le BSIF affirme que, bien que PBCNHS ait indiqué dans sa correspondance que la législation provinciale applicable à la fourniture de ses services et programmes de santé fédéraux dans les réserves n'existe pas, ses documents laissent sous-entendre le contraire (PBCNHS a depuis clarifié ce point en précisant que la province n'a jamais délégué la fourniture de ces services à PBCNHS). Le BSIF souligne quelques-uns des points suivants à partir des documents de PBCNHS :

- il a indiqué qu'il était difficile de respecter les exigences provinciales en matière d'utilisation d'un certain véhicule de transport;
- les conditions provinciales pour l'obtention d'un permis d'exercice des ambulanciers paramédicaux doivent être respectées;
- il répertorie le nombre de premiers intervenants inscrits auprès de Saskatchewan Health et le nombre d'intervenants médicaux d'urgence titulaires d'un permis délivré par le Saskatchewan College of Paramedics;
- les membres du personnel infirmier font l'objet d'un examen annuel de renouvellement, à la demande de la Saskatchewan Registered Nurses Association;

- the Mental Health and Addictions Program has a goal of establishing links to specialized services within both the private, provincial and federal systems;
- for Communicable Disease Control they follow the Provincial Immunization and CDC guidelines and had as a goal the provision of immunizations in accordance with schedules established by Saskatchewan and First Nations Inuit Health Branch in Saskatchewan;
- Northern Medical Services states it provides salaries for physicians through a transfer payment from Saskatchewan Health.
- le Mental Health and Addictions Program (programme de santé mentale et de lutte contre les toxicomanies) vise à établir des liens avec des services spécialisés des systèmes privé, provincial et fédéral;
- en ce qui concerne le contrôle des maladies transmissibles (le CDC), il se conforme aux lignes directrices provinciales en matière d'immunisation et de CDC et avait pour objectif de fournir des vaccins conformément aux calendriers établis par la Saskatchewan et la Direction de la santé des Premières Nations et des Inuits en Saskatchewan;
- Northern Medical Services indique qu'il verse des salaires aux médecins par l'entremise d'un paiement de transfert de Saskatchewan Health.

[38] Based on all of the above OSFI states that the material provided by PBCNHS has not changed its opinion that it is not a federal undertaking. OSFI states that given PBCNHS operations are in health care and social services, and that it is solely a funding relationship with Health Canada, the presumption of provincial jurisdiction over labour (pensions) has not been overcome. For this reason OSFI maintains its previously held position that PBCNHS's pension is to be registered provincially.

#### B. *The Decision with respect to NITHA*

[39] James Rogers states the OSFI Decision has been made by applying the test set out in the Supreme Court of Canada's judgment in *NIL/TU, O*. He writes in the Decision that OSFI must first consider the "functional test" to determine whether the entity constitutes a federal undertaking and if this test is inconclusive it must then proceed to look at whether provincial regulation would impair the core of a federal head of power.

[40] OSFI states that using the functional test it has "examined NITHA's normal, habitual activities based on all the information provided to us and have arrived

[38] Compte tenu de tout ce qui précède, le BSIF affirme que les documents fournis par PBCNHS n'ont pas modifié son opinion selon laquelle il ne s'agit pas d'une entreprise fédérale. Le BSIF affirme que, étant donné que les activités de PBCNHS relèvent du secteur des soins de santé et des services sociaux et qu'il s'agit uniquement d'une relation de financement avec Santé Canada, la présomption de compétence provinciale sur les questions liées au travail (régimes de retraite) n'a pas été invalidée. C'est pourquoi le BSIF maintient sa position antérieure, à savoir que le régime de retraite de PBCNHS doit être enregistré au palier provincial.

#### B. *La décision relative à NITHA*

[39] M. James Rogers déclare que la décision du BSIF a été prise en application du critère énoncé dans le jugement de la C.S.C. dans l'arrêt *NIL/TU, O*. Il écrit dans la décision que le BSIF doit d'abord examiner le « critère fonctionnel » pour établir si l'entité constitue une entreprise fédérale, et si ce critère n'est pas concluant, il doit ensuite examiner si la réglementation provinciale porterait atteinte au contenu essentiel d'un chef de compétence fédérale.

[40] Le BSIF a déclaré avoir appliqué le critère fonctionnel pour [TRADUCTION] « examiner les activités habituelles et normales de NITHA en se fondant sur tous

at the conclusion that the nature of NITHA's operations are the provision of health services to its four constituting members (i.e., the Meadow Lake Tribal Council, the Prince Albert Grand Council, the Lac La Ronge Indian Band and the Peter Ballantyne Cree Nation).” OSFI notes that general legislative jurisdiction over health and social programs belongs to the provinces and states that the distinctive Aboriginal component of the service delivery does not change the nature of NITHA's operations and activities or the jurisdiction over its labour relations.

[41] OSFI notes NITHA's argument that the services it provides are those that are a responsibility of the federal government but states that on reviewing the agreements and jurisprudence the agreements only create funding relationships and should not be interpreted as an attempt to regulate NITHA's health services. In support of this OSFI lists the following points:

- past jurisprudence has held that, although the federal government has the power to spend money and impose conditions on which the money is available, this should not be taken as an intention to regulate the entirety of the area for which money is provided;
- the most recent agreement supports OSFI's position in their opinion as:
  - the preamble sets out that it is an agreement to provide funds for the provision of certain services;
  - although NITHA must submit reports to Health Canada, and Health Canada may audit them and recover unauthorized spending, such control is to make sure that NITHA remains eligible for funding and those funds are used as prescribed;

les renseignements qui nous ont été fournis et en arriver à la conclusion que la nature des activités de NITHA est la fourniture de services de santé à ses quatre membres constituants (c.-à-d. le Grand conseil de Prince Albert, le Conseil tribal de Meadow Lake, la Bande indienne de Lac La Ronge et la Nation crie Peter Ballantyne) ». Le BSIF souligne que la compétence législative générale en matière de programmes sociaux et de santé appartient aux provinces et précise que la composante autochtone distincte de la prestation de services ne change pas la nature de l'exploitation et des activités de NITHA ou de la compétence en matière de relations de travail.

[41] Le BSIF prend note de l'argument de NITHA selon lequel les services qu'il fournit relèvent de la responsabilité du gouvernement fédéral, mais il affirme qu'à l'examen des accords et de la jurisprudence, les accords ne font que créer des relations de financement et ne doivent pas être interprétés comme une tentative de réglementer les services de santé de NITHA. À l'appui de cette déclaration, le BSIF énumère les points suivants :

- La jurisprudence a établi que, bien que le gouvernement fédéral ait le pouvoir de dépenser de l'argent et d'imposer les conditions selon lesquelles l'argent est disponible, cela ne doit pas être interprété comme une intention de réglementer l'ensemble du domaine à l'égard duquel l'argent est fourni;
- L'accord le plus récent appuie la position du BSIF dans son opinion :
  - le préambule indique qu'il s'agit d'un accord prévoyant des fonds pour la fourniture de certains services;
  - bien que NITHA doive soumettre des rapports à Santé Canada et que Santé Canada puisse les vérifier et recouvrer les dépenses non autorisées, ce contrôle permet de s'assurer que NITHA reste admissible au financement et que ces fonds sont utilisés de la manière prescrite;

- although Health Canada is empowered to take necessary steps in the case of a health emergency this should not factor into the functional test as it is merely a casual factor;
- NITHA could refuse funding or terminate the agreement if it wanted to and as such would be able to avoid complying with any conditions from the federal government, meaning it is not federally regulated;
- the agreement states it does not create an agency, employer-employee, association, or joint venture between Health Canada and NITHA, meaning that there is no link between the federal government and the provision of services (it is only a funding relationship);
- the agreement does not have a provision about the management of labour relations.
- bien que Santé Canada soit habilité à prendre les mesures nécessaires en cas d'urgence sanitaire, cela ne devrait pas être pris en compte dans le critère fonctionnel, car il s'agit simplement d'un facteur occasionnel;
- NITHA pourrait refuser le financement ou résilier l'accord s'il le souhaitait et, à ce titre, pourrait éviter de se conformer aux conditions imposées par le gouvernement fédéral, ce qui signifie qu'il n'est pas réglementé par le gouvernement fédéral;
- l'accord mentionne qu'il ne crée pas d'organisme, de relation employeur-employé, d'association ou de coentreprise entre Santé Canada et NITHA, ce qui signifie qu'il n'existe aucun lien entre le gouvernement fédéral et la fourniture de services (il s'agit uniquement d'une relation de financement);
- l'accord ne contient aucune disposition concernant la gestion des relations de travail.

[42] The OSFI states that although NITHA stated in correspondence that provincial legislation applicable to the provision of its third level federal on-reserve health services and programs did not exist, its documents point to the contrary (NITHA had since clarified this point by stating that it meant there was nothing from the Province delegating the provision of these services to NITHA). The OSFI states that these materials demonstrate that some NITHA services are outside federal funding and also that they adhere to provincial licencing requirements, standards and guidelines. The OSFI then notes some of the following points from NITHA's materials:

- “the NITHA Partnership has representation at both federal and provincial levels”;
- NITHA has a goal of implementing the provincial Mental Health and Addictions 10-year Action Plan and has connected with and participated in

[42] Le BSIF affirme que, bien que NITHA ait indiqué dans sa correspondance que la législation provinciale applicable à la fourniture de ses services et programmes de santé fédéraux de troisième niveau dans les réserves n'existait pas, ses documents laissent sous-entendre le contraire (NITHA a depuis clarifié ce point en précisant que la province n'a jamais délégué la fourniture de ces services à NITHA). Le BSIF affirme que ces documents démontrent que certains services de NITHA sont exclus du financement fédéral et, de plus, qu'ils respectent les exigences, normes et lignes directrices provinciales en matière d'octroi de permis. Le BSIF souligne ensuite quelques-uns des points ci-dessous à partir des documents de NITHA :

- « le partenariat NITHA est représenté aux paliers fédéral et provincial »;
- NITHA a pour objectif de mettre en œuvre le plan d'action décennal sur la santé mentale et la toxicomanie de la province et a participé à des initiatives

provincial initiatives including 4 working groups (health, education, justice, and social services);

- NITHA provides funding to its partners for “second level emergency response coordinators” as the First Nation Inuit Health Branch funding does not cover this service
  - NITHA has since clarified that the federal government provides this funding to it, instead of to its members, and then NITHA provides the funding to its members;
- the emergency response coordinator has partnered with Provincial Emergency Management and Fire Safety;
- it continues to participate in the Saskatchewan Oral Health Coalition;
- Saskatchewan Health has launched a Panorama System which is now being used by 15 communities within NITHA, and Saskatchewan and NITHA are conducting legal consultation regarding the logistics of this system
  - NITHA has now clarified that this is a vaccination tracking system throughout Saskatchewan, and it makes sense to have a reliable and transferable vaccination records system so health professionals throughout the province have access;
- the public health nurse provided support to NITHA by training NITHA’s nursing staff on the Saskatchewan Health/Child Health Clinic Guideline;
- the environmental health advisor strived to meet provincial reporting requirements;

provinciales comprenant quatre groupes de travail (santé, éducation, justice et services sociaux);

- NITHA octroie des fonds à ses partenaires pour les « coordonnateurs des interventions d’urgence de deuxième niveau », car le financement de la Direction générale de la santé des Premières nations et des Inuits ne couvre pas ce service;
  - NITHA a depuis précisé que le gouvernement fédéral lui verse ce financement, et non ses membres, et que NITHA verse ensuite le financement à ses membres;
- le coordonnateur des interventions d’urgence s’est associé à la direction provinciale Gestion des urgences et sécurité-incendie;
- il continue de participer à la Saskatchewan Oral Health Coalition;
- Saskatchewan Health a lancé un système Panorama qui est maintenant utilisé par 15 collectivités au sein de NITHA. La Saskatchewan et NITHA mènent actuellement des consultations juridiques concernant la logistique de ce système;
  - NITHA a maintenant précisé qu’il s’agissait d’un système de suivi de la vaccination en Saskatchewan et qu’il était donc logique de disposer d’un système des dossiers de vaccination fiable et transférable afin que les professionnels de la santé de toute la province y aient accès;
- l’infirmière de la santé publique a fourni un soutien à NITHA en formant le personnel infirmier de NITHA concernant les Child Health Clinic Guidelines (lignes directrices de pratique clinique en matière de santé de l’enfant) de Saskatchewan Health;
- le conseiller en santé environnementale s’est efforcé de respecter les exigences provinciales en matière de rapport;

- Case Management is the responsibility of Community Health Nurses along with Saskatchewan's TB prevention and Control Program.

[43] Based on all of the above OSFI states that the material provided by NITHA has not changed its opinion that NITHA is not a federal undertaking. OSFI states that given the operations are in the health services area, and that it is solely a funding relationship with Health Canada, the presumption of provincial jurisdiction over labour (pensions) has not been overcome. For this reason OSFI maintains its previously held position that NITHA's pension is to be registered provincially.

### III. Legislation

[44] The *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32 (PBSA) provides:

#### Application of Act

4 (1) This Act applies in respect of pension plans.

#### Definition of *pension plan*

(2) In this Act, *pension plan* means a superannuation or other plan organized and administered to provide pension benefits to employees employed in included employment (and former employees) and to which the employer is required under or in accordance with the plan to contribute, whether or not provision is also made for other benefits or for benefits to other persons, and includes a supplemental pension plan, whether or not the employer is required to make contributions under or in accordance with the supplemental pension plan, but does not include

(a) an employees' profit sharing plan or a deferred profit sharing plan as defined in sections 144 and 147, respectively, of the *Income Tax Act*;

(b) an arrangement to provide a *retiring allowance* as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*;

- la gestion des cas incombe au personnel infirmier responsable de la santé communautaire ainsi qu'au programme de prévention et de contrôle de la tuberculose de la Saskatchewan.

[43] Compte tenu de tout ce qui précède, le BSIF affirme que les documents fournis par NITHA n'ont pas modifié son opinion selon laquelle NITHA n'est pas une entreprise fédérale. Le BSIF affirme que, étant donné que les activités de NITHA relèvent du secteur des services de santé et qu'il s'agit uniquement d'une relation de financement avec Santé Canada, la présomption de compétence provinciale sur les questions liées au travail (régimes de retraite) n'a pas été invalidée. C'est pourquoi le BSIF maintient sa position antérieure, à savoir que le régime de retraite de NITHA doit être enregistré au palier provincial.

### III. Loi

[44] La *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 32 (la LNPP) est ainsi rédigée :

#### Application de la loi

4 (1) La présente loi s'applique relativement aux régimes de pension.

#### Définition de régime de pension

(2) Pour l'application de la présente loi, *régime de pension* s'entend d'un régime de retraite ou autre institué et géré en vue d'assurer des prestations de pension aux salariés occupant un emploi inclus ainsi qu'aux anciens salariés, que le régime prévoit ou non d'autres prestations ou le paiement de prestations à d'autres personnes, et au titre duquel et conformément auquel l'employeur est tenu d'y verser des cotisations; est assimilé à un régime de pension tout régime complémentaire, au titre duquel ou conformément auquel l'employeur est tenu d'y verser des cotisations, mais non :

a) les régimes de participation des employés aux bénéfices et les régimes de participation différée aux bénéfices au sens des articles 144 et 147 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) les ententes en vue du versement d'une allocation de retraite au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b.1) a pooled registered pension plan, as defined in subsection 2(1) of the *Pooled Registered Pension Plans Act*; or

(c) any other prescribed arrangement.

**Definition of supplemental pension plan**

(3) In subsection (2), **supplemental pension plan** means a pension plan for employees whose membership in another pension plan is a condition precedent to membership in the supplemental pension plan and that is an integral part of that other plan.

**Definition of included employment**

(4) In this Act, **included employment** means employment, other than excepted employment, on or in connection with the operation of any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) any work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the operation of a ship and transportation by ship anywhere in Canada;

(b) any railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting a province with another province or extending beyond the limits of a province;

(c) any line of steam or other ships connecting a province with another province or extending beyond the limits of a province;

(d) any ferry between a province and another province or between a province and a country other than Canada;

(e) any aerodrome, aircraft or line of air transportation;

(f) any radio broadcasting station;

(g) any bank or authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act*;

(h) any work, undertaking or business that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more provinces; and

(i) any work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures, and

(b.1) les régimes de pension agréés collectifs au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les régimes de pension agréés collectifs*;

c) les autres ententes prévues par les règlements.

**Définition de régime complémentaire**

(3) Au paragraphe (2), **régime complémentaire** s'entend d'un régime de pension auquel les salariés ne peuvent adhérer que s'ils participent à un autre régime de pension, et qui fait partie intégrante de celui-ci.

**Définition de emploi inclus**

(4) Pour l'application de la présente loi, **emploi inclus** s'entend de tout emploi, autre qu'un emploi exclu, lié ou rattaché à la mise en service d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'une activité de compétence fédérale et lié notamment à :

a) un ouvrage, une entreprise ou une activité exploitée relativement à la navigation et les expéditions par eau, intérieures ou maritimes, y compris la mise en service d'un navire et le transport par navire au Canada;

b) un chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une ou plusieurs provinces ou s'étendant à l'extérieur d'une province;

c) une ligne de navires à vapeur ou autres reliant une ou plusieurs provinces ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

d) un traversier exploité entre une ou plusieurs provinces ou une province et un pays étranger;

e) un aérodrome, un aéronef ou une ligne aérienne;

f) une station de radiodiffusion;

g) une banque ou une banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*;

h) un ouvrage, une entreprise ou une activité que le Parlement déclare être à l'avantage général du Canada ou de plusieurs provinces même si l'ouvrage ou l'entreprise sont situés, ou l'activité est exercée, entièrement à l'intérieur d'une province;

i) un ouvrage, une entreprise ou autre activité qui ne relèvent pas de la compétence législative exclusive

any work, undertaking or business of a local or private nature in Yukon, the Northwest Territories or Nunavut. [Emphasis added.]

[45] This definition of included employment in PBSA mirrors the broad and non-exhaustive definition of “federal work, undertaking or business” used in section 2 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (CLC). For this reason the jurisprudence with respect to the CLC on what constitutes a federal undertaking is applicable to what constitutes a federal undertaking under the PBSA.

[46] The *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 provides:

**Definitions**

2 In this Act,

*federal work, undertaking or business* means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) a work, undertaking or business operated or carried on for or in connection with navigation and shipping, whether inland or maritime, including the operation of ships and transportation by ship anywhere in Canada,

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other province, or extending beyond the limits of a province,

(c) a line of ships connecting a province with any other province, or extending beyond the limits of a province,

(d) a ferry between any province and any other province or between any province and any country other than Canada,

(e) aerodromes, aircraft or a line of air transportation,

(f) a radio broadcasting station,

(g) a bank or an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act*,

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution

des provinces ou qui sont de nature locale ou privée au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest ou au Nunavut. [Non souligné dans l’original.]

[45] Cette définition de l’emploi inclus dans la LNPP correspond à la définition générale et non exhaustive d’« entreprises fédérales » utilisée à l’article 2 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le CCT). Pour cette raison, la jurisprudence afférente au CCT sur ce qui constitue une entreprise fédérale est applicable à ce qui constitue une entreprise de compétence fédérale en vertu de la LNPP.

[46] Le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, est ainsi rédigé :

**Définitions**

2 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

*entreprises fédérales* Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d’activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment :

a) ceux qui se rapportent à la navigation et aux transports par eau, entre autres à ce qui touche l’exploitation de navires et le transport par navire partout au Canada;

b) les installations ou ouvrages, entre autres, chemins de fer, canaux ou liaisons télégraphiques, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d’une province, et les entreprises correspondantes;

c) les lignes de transport par bateaux à vapeur ou autres navires, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d’une province;

d) les passages par eaux entre deux provinces ou entre une province et un pays étranger;

e) les aéroports, aéronefs ou lignes de transport aérien;

f) les stations de radiodiffusion;

g) les banques et les banques étrangères autorisées, au sens de l’article 2 de la *Loi sur les banques*;

h) les ouvrages ou entreprises qui, bien qu’entièrement situés dans une province, sont, avant ou après leur



declared by Parliament to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces,

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the legislatures of the provinces, and

(j) a work, undertaking or activity in respect of which federal laws within the meaning of section 2 of the *Oceans Act* apply pursuant to section 20 of that Act and any regulations made pursuant to paragraph 26(1)(k) of that Act; (*entreprises fédérales*) [Emphasis added.]

#### IV. Issues

[47] The applicants submit the OSFI erred in law in rendering the Decisions as, on the applicable test, the applicants' activities conducted pursuant to their respective agreements (the Agreements) are properly federal undertakings and for this reason their pension plans should be registered federally.

[48] The respondent asserts that the OSFI's Decisions were reasonable in the exercise of its discretion. The respondent states that OSFI applied the applicable functional test and reasonably concluded the applicants were not a federal undertaking.

[49] Implicit in the applicants' submission that the PBCNHS and NITHA activities are federal works and undertakings, is that the matter touches upon a constitutional question regarding the division of powers. The respondent stresses the resolution of this question rests on reasonableness of the decision. In other words, the applicants' view is that the standard of review is correctness while the respondent's position is that the standard of review is reasonableness.

[50] Nevertheless, both parties rest their submissions on the proper application of the test set out in the Supreme Court of Canada's judgment in *NIL/TU,O*.

réalisation, déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada ou de plusieurs provinces;

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

j) les entreprises auxquelles les lois fédérales, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les océans*, s'appliquent en vertu de l'article 20 de cette loi et des règlements d'application de l'alinéa 26(1)k) de la même loi. (*federal work, undertaking or business*) [Non souligné dans l'original.]

#### IV. Questions en litige

[47] Les demandeurs font valoir que le BSIF a commis une erreur de droit en rendant les décisions car, selon le critère applicable, les activités des demandeurs menées aux termes de leurs accords respectifs (les accords) sont des entreprises dûment fédérales et, par conséquent, leurs régimes de retraite devraient être enregistrés au fédéral.

[48] Les défendeurs affirment que les décisions du BSIF étaient raisonnables dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ils déclarent que le BSIF a appliqué le critère fonctionnel applicable et a raisonnablement conclu que les demandeurs n'étaient pas une entreprise fédérale.

[49] Dans l'argument des demandeurs selon lequel les activités de PBCNHS et de NITHA sont des ouvrages et des entreprises de caractère fédéral, il est sous-entendu que l'affaire concerne une question constitutionnelle relative au partage des pouvoirs. Les défendeurs soulignent que le règlement de cette question repose sur le caractère raisonnable de la décision. En d'autres termes, les demandeurs sont d'avis que la norme de contrôle est la norme de la décision correcte, tandis que la position des défendeurs est que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable.

[50] Néanmoins, les deux parties fondent leurs arguments sur la bonne application du critère énoncé par la C.S.C. dans l'arrêt *NIL/TU,O*.

[51] I would restate the issues as follows:

- (1) What is the applicable standard of review?
- (2) Do the Decisions meet the requisite standard of review for the application of the functional test in *NIL/TU,O*?
- (3) Has the basis for a declaration been met?

#### V. Parties' Submissions

##### A. *Applicants' Submissions*

[52] The applicants state they do not take issue that general legislative jurisdiction over health or labour relations belongs to the provinces under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*)] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]. Instead the applicants assert that on the functional test in *NIL/TU,O* their operations would be considered federal undertakings. They support this position by stating that the normal and habitual activities of the applicants are providing on-reserve health programs and services (PBCNHS level 1&2 services and NITHA level 3 services) that the federal government would otherwise be responsible for providing, as it has in the past. The applicants state that, based on functional analysis, they have displaced the presumption of provincial jurisdiction.

[53] The applicants state that the federal government through Health Canada – First Nations Inuit Health Branch would normally provide such on-reserve health programs and services. They note that under the Agreements the applicants are now providing such programs and services. As a result, the applicants are receiving funds from the federal government. The applicants also note that the federal government still has oversight of their operations through requirements of accountability, reporting and a reversion of these services to the federal government in the event of

[51] Je reformulerais les questions en litige de la manière suivante :

- 1) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- 2) Les décisions respectent-elles la norme de contrôle requise pour l'application du critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt *NIL/TU,O*?
- 3) Le bien-fondé d'un jugement déclaratoire a-t-il été établi?

#### V. Observations des parties

##### A. *Observations des demandeurs*

[52] Les demandeurs déclarent qu'ils ne contestent pas le fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], confère aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de santé ou de relations de travail. Les demandeurs affirment plutôt que, selon le critère fonctionnel énoncé dans l'arrêt *NIL/TU,O*, leurs activités seraient considérées comme des entreprises fédérales. Ils soutiennent cette position en déclarant que les activités habituelles et normales des demandeurs consistent à fournir des programmes et des services de santé dans les réserves (services de premier et de deuxième niveaux de PBCNHS et services de troisième niveau de NITHA) que le gouvernement fédéral serait autrement responsable de fournir, comme il l'a fait par le passé. Les demandeurs déclarent que, en se fondant sur une analyse par activités, ils ont réfuté la présomption de compétence provinciale.

[53] Les demandeurs déclarent que le gouvernement fédéral, par l'intermédiaire de Santé Canada – Direction générale de la santé des Premières nations et des Inuits, fournirait normalement de tels programmes et services de santé dans les réserves. Ils font observer que, en vertu des accords, les demandeurs fournissent maintenant de tels programmes et services. En conséquence, les demandeurs reçoivent des fonds du gouvernement fédéral. Les demandeurs soulignent également que le gouvernement fédéral surveille toujours leurs activités en imposant des

termination or in instances where the agreed upon services are not being met.

[54] Unlike in *NIL/TU,O*, where the British Columbia provincial government had delegated certain authorities over child welfare to the entity in question, the applicants state there has been no delegation from the Saskatchewan provincial government. Instead their authority to provide the on-reserve health services comes from the policies implemented by the federal government with respect to Indian health as a part of the federal government's constitutional jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians": subsection 91(24), *Constitution Act, 1867*.

[55] The applicants agree that federal funding on its own does not render them a federal undertaking but states that it is the funding combined with the oversight and accountability attached to the funds and the fact that the services would otherwise be provided by the federal government that makes it a federal undertaking.

[56] With respect to NITHA the applicants note that of its 30 employees only the nurses in the TB [tuberculosis] program, and NITHA's medical health officer, require provincial licensing while the remaining employees do not. The applicants also point out that physicians are under provincial jurisdiction and that is why they are paid by the provincial government, although the federal government does provide some reimbursement for travel. Although some provincial legislation and regulations apply, the applicants state that this legislation is followed as there is no competing federal legislation and following the provincial regulatory regime maintains proper safety standards.

[57] The applicants request two remedies from this Court. First, they request that the February 28, 2017, decision be set aside using this Court's power under

exigences en matière de reddition de comptes et de rapport et un retour de ces services au gouvernement fédéral en cas de résiliation ou dans les cas où les services convenus ne sont pas fournis.

[54] Contrairement à l'arrêt *NIL/TU,O*, où le gouvernement provincial de la Colombie-Britannique avait délégué certains pouvoirs en matière de protection de l'enfance à l'entité en question, les demandeurs ont déclaré qu'il n'y avait eu aucune délégation de la part du gouvernement provincial de la Saskatchewan. Leur pouvoir de fournir les services de santé dans les réserves découle plutôt des politiques mises en œuvre par le gouvernement fédéral en matière de santé des Indiens dans le cadre de la compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral en ce qui concerne « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » (paragraphe 91(24), *Loi constitutionnelle de 1867*).

[55] Les demandeurs conviennent que le financement fédéral, en soi, ne fait pas d'eux une entreprise fédérale. Ils affirment cependant que c'est le financement combiné à la surveillance et à la reddition de comptes rattachées aux fonds et le fait que les services seraient fournis par le gouvernement fédéral qui font d'eux une entreprise fédérale.

[56] En ce qui concerne NITHA, les demandeurs soulignent que, sur ses 30 employés, seuls les membres du personnel infirmier du programme de lutte contre la tuberculose et le médecin hygiéniste de NITHA doivent obtenir un permis d'exercer provincial, contrairement aux employés restants. Les demandeurs soulignent également que les médecins relèvent de la compétence des provinces et que, par conséquent, ils sont payés par le gouvernement provincial, bien que le gouvernement fédéral rembourse une partie des frais de déplacement. Même si certaines lois et certains règlements provinciaux s'appliquent, les demandeurs mentionnent que ceux-ci sont respectés, car il n'y a pas de lois et de règlements provinciaux concurrents et que le respect du régime réglementaire provincial maintient des normes de sécurité adéquates.

[57] Les demandeurs demandent deux réparations à la Cour. Premièrement, ils demandent l'annulation de la décision du 28 février 2017 au moyen du pouvoir dont dispose

paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (Act)]. Second, they request that a declaration be made that the applicants' pension plans fall under federal jurisdiction. In support of the ability of this Court to make a binding declaration the applicants cite a judgment in which the Federal Court of Appeal stayed a declaration of the Federal Court, as it found that the declaration had a binding and legal effect on the parties and thus provided a basis for seeking a stay of the declaration: *Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285, at paragraphs 11–15, 32.

### B. Respondent's Submissions

[58] The respondent submits the general presumption is that labour relations are provincial in nature and since pensions affect employment contracts, they are also presumptively provincial in nature. The respondent references a 1937 Privy Council case in which unemployment insurance legislation, where it affected contracts of employment, was found to fall within provincial jurisdiction on property and civil rights on a *prima facie* basis: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.).

[59] The respondent notes that pursuant to section 92 subsections: “7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals”, “13. Property and Civil Rights in the Province” and “16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province” of the *Constitution Act, 1867*, provinces have a “broad and extensive” power over health: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paragraph 68.

[60] The respondent also notes that federal government funding of an operation does not transform a provincial entity into a federal entity: *NIL/TU,O*, at paragraph 40. In support of this point the respondent sets out that this is the model used at present where the federal government,

la Cour en vertu de l'alinéa 18.1(3)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Deuxièmement, ils demandent un jugement déclaratoire selon lequel les régimes de retraite des demandeurs relèvent de la compétence fédérale. À l'appui de la capacité de la Cour de rendre un jugement déclaratoire contraignant, les demandeurs citent un jugement dans lequel la Cour d'appel fédérale a sursis à un jugement déclaratoire de la Cour fédérale, estimant que celui-ci avait un effet contraignant et juridique pour les parties et justifiait donc que l'on puisse solliciter un sursis à l'exécution du jugement : *Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114 (l'arrêt *Assiniboine*), aux paragraphes 11 à 15 et paragraphe 32.

### B. Observations des défendeurs

[58] Les défendeurs soutiennent que la présomption générale est que les relations de travail sont de nature provinciale et, comme les régimes de retraite ont une incidence sur les contrats de travail, ils sont également présumés de nature provinciale. Ils font référence à une affaire du Conseil privé datant de 1937 dans laquelle il avait été établi que les lois en matière d'assurance-chômage, lorsque qu'il est question des contrats de travail, relevait *prima facie* de la compétence provinciale : *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.).

[59] Les défendeurs soulignent que, conformément aux paragraphes de l'article 92, soit « 7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine », « 13. La propriété et les droits civils dans la province » et « 16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province », de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces ont une « vaste » compétence en matière de santé : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, au paragraphe 68.

[60] Les défendeurs attirent également l'attention sur le fait que le financement d'une activité par le gouvernement fédéral ne transforme pas une entité provinciale en une entité fédérale (arrêt *NIL/TU,O*, au paragraphe 40). À l'appui de ce point, ils précisent qu'il s'agit du modèle

without unconstitutionally exceeding its jurisdiction, provides funding to provinces for health care and is able to stipulate conditions that must be met for the receipt of full funding.

[61] The respondent submits that PBCNHS and NITHA are non-profit corporations registered in Saskatchewan and that the Agreements they have with the federal government are merely funding agreements. The respondent states that there is no federal legislation that forces the federal government to provide such funding.

[62] The respondent submits that the Agreements outline that they are not to affect treaty or Aboriginal rights which means that the Agreements are not implementations of treaties so there is no obligation to provide the funding from a treaty law viewpoint.

[63] The respondent also notes that the applicants are able to provide their services and programs according to their own design and that the Agreements set out that the applicants act on their own behalf and that there is no relationship between the parties such as “principal-agent, employer-employee, [or] partnership of joint venture”. The respondent submits that this further clarifies that the relationship is one of solely financial contribution along with oversight to the extent required to make sure the agreements are being followed.

[64] With respect to PBCNHS the respondent sets out a number of the most common health positions and notes that many of these positions are subject to provincial regulation including Registered Nurses, Nurse Practitioners, Licenced Practical Nurses, Medical Transportation Divers, and Home Health Aides (home care providers).

[65] With respect to NITHA the respondent notes that much of the organization does not deliver services directly but mainly tracks, reports, and provides education on communicable diseases as well as providing advice

actuel dans le cadre duquel le gouvernement fédéral, sans outrepasser de manière inconstitutionnelle ses compétences, finance les provinces en matière de soins de santé et est en mesure de stipuler les conditions qui doivent être remplies pour que la totalité des fonds soit versée.

[61] Les défendeurs soutiennent que PBCNHS et NITHA sont des entreprises sans but lucratif enregistrées en Saskatchewan et que les accords qu’elles ont conclus avec le gouvernement fédéral ne sont que des ententes de financement. Ils déclarent qu’aucune loi fédérale n’oblige le gouvernement fédéral à fournir un tel financement.

[62] Les défendeurs font valoir que les accords prévoient qu’ils ne doivent pas porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités, ce qui signifie qu’ils ne sont pas une mise en œuvre des traités, de sorte qu’il n’y a pas d’obligation de fournir le financement du point de vue du droit des traités.

[63] Les défendeurs soulignent également que les demandeurs sont en mesure de fournir leurs services et leurs programmes, qu’ils ont eux-mêmes conçus, et que les accords stipulent que les demandeurs agissent pour leur propre compte et qu’il n’existe aucune relation entre les parties, comme [TRADUCTION] « mandant-mandataire, employeur-employé, [ou] partenariat de coentreprise ». Les défendeurs soutiennent que cela clarifie encore le fait qu’il s’agit uniquement d’une relation de contribution financière et de surveillance dans la mesure nécessaire pour garantir le respect des accords.

[64] En ce qui concerne PBCNHS, les défendeurs énoncent un certain nombre de postes les plus courants dans le secteur de la santé et fait remarquer que bon nombre d’entre eux sont soumis à la réglementation provinciale, notamment les infirmiers autorisés, les infirmiers praticiens, les infirmiers auxiliaires autorisés, les conducteurs — transport pour raison médicale et les auxiliaires familiaux (fournisseurs de soins à domicile).

[65] En ce qui concerne NITHA, les défendeurs ont souligné qu’une grande partie de l’organisation ne fournissait pas de services directement; son travail consistait principalement à faire le suivi des maladies transmissibles,

on other health issues. The respondent states that provincial legislation applies to the reporting of communicable diseases.

[66] The respondent also notes that in *NIL/TU,O*, at paragraph 45 the majority of the S.C.C. stated that “[n]either the presence of federal funding, nor the fact that NIL/TU,O’s services are provided in a culturally sensitive manner, in my respectful view, displaces the overriding provincial nature of this entity”.

[67] The respondent concludes by stating that the essential nature of PBCNHS “is to deliver health services and the essential nature of NITHA is to monitor public health and to provide coordination and advice on health related programs”. For this reason the respondent states the jurisdiction of the applicants’ pension plans is provincial and that the existence of federal funding and provision of services in a culturally sensitive matter does not change this conclusion. Finally the respondent also submits that even if the functional test was inconclusive the provincial pension legislation in Saskatchewan would not impair the narrow core of federal power with respect to “Indians, and Lands reserved for the Indians” under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

## VI. Analysis

### A. *Standard of Review*

[68] The applicants state that the central issue is one of law, that their work is a federal undertaking subject to federal pension regulation rather than falling within provincial jurisdiction. As the issue is a question of law, the applicants thus assert it is to be resolved on the correctness standard.

[69] The respondent states that the issue is one of mixed fact and law as it is a determination of whether the factual matrix of the applicants’ activity, when applied to the law, results in it being within or outside federal jurisdiction.

à produire des rapports sur celles-ci et à sensibiliser à ces maladies ainsi qu’à fournir des conseils sur d’autres problèmes de santé. Ils affirment que la législation provinciale s’applique à la déclaration des maladies transmissibles.

[66] Les défendeurs font également valoir que dans l’arrêt *NIL/TU,O*, au paragraphe 45, la majorité des juges de la C.S.C. ont déclaré : « La présence de financement fédéral et le fait que les services de NIL/TU,O visent à répondre à des besoins précis sur le plan culturel ne changent pas, à mon avis, la nature manifestement provinciale de cette entité. »

[67] Les défendeurs concluent en déclarant que la nature essentielle de PBCNHS [TRADUCTION] « est de fournir des services de santé et que NITHA consiste essentiellement à surveiller la santé publique et à assurer la coordination et les conseils concernant les programmes liés à la santé ». La compétence des régimes de retraite des demandeurs est provinciale, et l’existence d’un financement fédéral et de la fourniture de services dans un domaine sensible aux réalités culturelles ne change en rien cette conclusion. Enfin, les défendeurs soutiennent également que, même si le critère fonctionnel n’était pas concluant, les lois provinciales sur les pensions en Saskatchewan ne porteraient pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

## VI. Analyse

### A. *Norme de contrôle applicable*

[68] Les demandeurs déclarent que la question fondamentale à résoudre en est une de droit, que leur travail est une entreprise fédérale assujettie à la réglementation fédérale sur les pensions plutôt que de relever de la compétence provinciale. La question étant une question de droit, les demandeurs affirment donc qu’elle doit être réglée selon la norme de la décision correcte.

[69] Les défendeurs affirment qu’il s’agit d’une question mixte de fait et de droit, car il faut trancher si le contexte factuel de l’activité des demandeurs, appliqué au droit, fait qu’elle relève de la compétence fédérale. Ils soulignent que

The respondent notes that interpretation or application of a decision maker's home statute, or closely connected statutes, is reviewable on the reasonableness standard.

[70] Although there is a general presumption of the reasonableness standard being applicable when a decision maker is interpreting its home or closely related statute, there are exemptions to this presumption. These exemptions, as set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 58–61, include “constitutional questions regarding the division of powers”.

[71] In *NIL/TU,O*, and its companion case *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 SCC 46, [2010] 2 S.C.R. 737 (*Native Child*), the Supreme Court of Canada does not say what is the appropriate standard of review although *Native Child* clearly arrived before the Supreme Court through the judicial review process from the Federal Court of Appeal (F.C.A.) with that Court stating the standard of correctness was applicable as it was a constitutional question: 2008 FCA 338, 382 N.R. 330, at paragraph 18.

[72] Subsequent to *NIL/TU,O* and *Native Child*, the Federal Court, when considering the issue whether a matter was a federal undertaking in *Canada (Attorney General) v. Munsee-Delaware Nation*, 2015 FC 366, 25 C.C.E.L. (4th) 167 (*Munsee-Delaware Nation*), at paragraph 16, applied the standard of correctness (characterising the issue as a constitutional question of division of powers) while at the same time stating that findings of fact and characterizations of the employment by the decision maker were owed deference and as such should be reviewed for reasonableness.

[73] More recently the Federal Court of Appeal judicially reviewed a decision which involved a determination whether an entity was within federal or provincial jurisdiction for the purpose of labour relations: *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212 (*Nation Innu Matimekush-Lac John*).

l'interprétation ou l'application de la propre loi du décideur ou d'une loi étroitement liée à son mandat est assujettie à la norme de la décision raisonnable.

[70] Bien qu'il existe une présomption générale que la norme de la décision raisonnable soit applicable lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, il existe des exceptions à cette présomption. Ces exceptions, énoncées dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, paragraphes 58 à 61, comprennent les « questions touchant au partage des compétences ».

[71] Dans l'arrêt *NIL/TU,O*, et sa décision complémentaire rendue dans l'arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 CSC 46, [2010] 2 R.C.S. 737 (l'arrêt *Native Child*), la C.S.C. ne dit pas quelle est la norme de contrôle applicable, bien que l'affaire *Native Child* ait clairement été soumise à la C.S.C. par le truchement du processus de contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale (la C.A.F.), celle-ci ayant déclaré que la norme de la décision correcte était applicable, car il s'agissait d'une question constitutionnelle (2008 CAF 338, paragraphe 18).

[72] À la suite des arrêts *NIL/TU,O* et *Native Child*, la Cour fédérale, en examinant la question de savoir si l'activité était une entreprise fédérale dans la décision *Canada (Procureur général) c. Nation Munsee-Delaware*, 2015 CF 366 (la décision *Nation Munsee-Delaware*), au paragraphe 16, a appliqué la norme de la décision correcte (qualifiant la question en litige de question constitutionnelle concernant le partage des pouvoirs) tout en précisant que les constatations du décideur quant aux faits et les conclusions portant sur la manière de qualifier l'emploi appellent la retenue judiciaire et doivent donc être revues selon la norme de la décision raisonnable.

[73] Plus récemment, la C.A.F. a procédé au contrôle judiciaire d'une décision visant à statuer si une entité relevait de la compétence fédérale ou provinciale aux fins des relations de travail (*Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212 (l'arrêt *Nation Innu Matimekush-Lac John*)).

[74] In *Nation Innu Matimekush-Lac John* the Federal Court of Appeal (F.C.A.) stated it accepted that constitutional questions were to be reviewed on the correctness standard: at paragraph 14. The F.C.A. then continued on to state that what was at issue was not actually a constitutional question because it was not a determination of whether legislation exceeded the powers of the government enacting it (division of powers analysis): at paragraph 15 citing *NIL/TU,O*, at paragraph 12. Instead the F.C.A. stated the issue is a narrow one and concerns whether the presumption of provincial jurisdiction over labour relations has been rebutted: at paragraph 16.

[75] The Federal Court of Appeal went on to state that the analysis of the decision maker in this case rested on its findings of fact and these findings of fact can be separated from the constitutional question of federal versus provincial jurisdiction. The F.C.A. gave deference to the decision maker's findings of fact on the activities and organizational structure of the entity it was examining. The F.C.A. then proceeded to analyse the facts and relevant case law and determined that the entity in question was a federal undertaking.

[76] The Federal Court of Appeal decision in *Nation Innu Matimekush-Lac John* confirms the approach adopted in *Munsee-Delaware Nation*.

[77] In result, I adopt the standard of review as correctness, characterising the issue as a constitutional question of division of powers, while at the same time accepting findings of fact and characterizations by the decision maker are owed deference and are reviewed for reasonableness.

#### B. *The Tribunal Record*

[78] After hearing the oral arguments, I asked the parties to provide me with information on the historical background about the provision of federal health services on Indian reserves.

[74] Dans l'arrêt *Nation Innu Matimekush-Lac John*, la C.A.F. était d'accord pour dire que la norme applicable aux questions constitutionnelles est celle de la décision correcte (au paragraphe 14). La C.A.F. a ajouté qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une véritable question constitutionnelle, car la question en litige n'était pas celle de savoir si une loi en particulier excédait les limites du pouvoir constitutionnel du gouvernement qui l'a adoptée (analyse du partage des compétences) (au paragraphe 15 citant l'arrêt *NIL/TU,O*, au paragraphe 12). La C.A.F. a plutôt déclaré que la question en litige était précise et qu'il s'agissait de savoir si la présomption de compétence provinciale en matière de relations de travail avait été réfutée (au paragraphe 16).

[75] La C.A.F. a ensuite affirmé que l'analyse du décideur en l'espèce reposait sur ses conclusions de fait, lesquelles sont dissociables de la question constitutionnelle portant sur la compétence fédérale par rapport à la compétence provinciale. La C.A.F. a fait preuve de retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait du décideur portant sur les activités et la structure organisationnelle de l'entité qu'elle examinait. La C.A.F. a ensuite procédé à l'analyse des faits et de la jurisprudence pertinente et a statué que l'entité en question était une entreprise fédérale.

[76] La décision de la C.A.F. dans l'arrêt *Nation Innu Matimekush-Lac John* confirme l'approche adoptée dans la décision *Nation Munsee-Delaware*.

[77] En conséquence, j'adopte la norme de contrôle de la décision correcte, considérant la question en litige comme une question constitutionnelle de partage des pouvoirs, tout en admettant que les constatations du décideur quant aux faits et les conclusions portant sur la manière de qualifier l'emploi appellent la retenue judiciaire et sont revues selon la norme de la décision raisonnable.

#### B. *Dossier du tribunal*

[78] Après avoir entendu les arguments formulés de vive voix, j'ai demandé aux parties de me fournir des renseignements sur l'historique des services de santé fédéraux fournis dans les réserves indiennes.



[79] The applicants filed the “Supplementary Information on the Provision of Medical Services by the Federal Crown to the Applicants”. The respondents do not take issue with the content of the material supplied; however, the respondents submit that the evidentiary record before Court on judicial review is restricted to the evidentiary record that was before the decision maker.

[80] I agree with the respondents on this point with regard to the application for *certiorari*. I make no reference to the supplemental information when considering that application. However, I am of the view that I am able to refer to the supplemental information in the application for a declaration which is a different matter.

### C. Applicable Test to be Applied

[81] The applicable test for determining whether a matter is a federal undertaking is set out by the Supreme Court in *NIL/TU, O*. Justice Abella, for the majority, stated the first step is a “functional test” of whether the entity is a federal undertaking which requires “an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question”: at paragraph 3, *NIL/TU, O*.

[82] Justice Abella went on to state it is only if the result of this functional test is inconclusive that the Court turns to the second element, which involves an analysis of whether provincial regulation of the entity’s labour relations would impair the core of a federal power, which in this instance would be subsection 91(24) “Indians, and Lands reserved for the Indians”: *Constitution Act, 1867*.

[83] I take note that a crucial finding of fact in *NIL/TU, O* was determination of the source of that organization’s authority to act in child welfare matters. Justice Abella, for the majority of the Supreme Court, wrote [at paragraph 24]:

[79] Les demandeurs ont déposé le document intitulé « Supplementary Information on the Provision of Medical Services by the Federal Crown to the Applicants » (renseignements supplémentaires sur la fourniture de services médicaux par la Couronne fédérale aux demandeurs). Les défendeurs ne contestent pas le contenu des documents fournis; toutefois, les défendeurs soutiennent que le dossier de preuve soumis à la Cour lors d’un contrôle judiciaire se limite au dossier de preuve qui a été présenté au décideur.

[80] Je suis d’accord sur ce point avec les défendeurs en ce qui concerne la demande de *certiorari*. Je ne fais aucunement référence aux renseignements supplémentaires lors de l’examen de cette demande. Cependant, j’estime pouvoir faire référence aux renseignements supplémentaires fournis dans la demande de jugement déclaratoire, ce qui est une question différente.

### C. Critère applicable

[81] Le critère applicable pour déterminer si une activité constitue une entreprise fédérale est défini par la C.S.C. dans l’arrêt *NIL/TU, O*. La juge Abella, pour la majorité, a déclaré que la première étape est un « “critère fonctionnel” » permettant de déterminer si l’entité est une entreprise fédérale, ce qui requiert « l’examen de la nature, des activités habituelles et de l’exploitation quotidienne de l’entité en question » (au paragraphe 3, arrêt *NIL/TU, O*).

[82] La juge Abella a poursuivi en affirmant que c’est uniquement si le résultat de l’application de ce critère fonctionnel n’est pas concluant que la Cour se tourne vers le deuxième élément, qui consiste en une analyse visant à déterminer si la réglementation provinciale des relations de travail de l’entité porterait atteinte au contenu essentiel du chef de compétence fédéral qui, dans ce cas-ci serait le paragraphe 91(24), « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » (*Loi constitutionnelle de 1867*).

[83] Je prends note qu’une conclusion de fait cruciale tirée dans l’arrêt *NIL/TU, O* était la détermination de la source du pouvoir de cette organisation d’agir en matière de protection de l’enfance. La juge Abella, au nom de la majorité des juges de la C.S.C., a écrit [au paragraphe 24] :

The province of British Columbia (represented by a director appointed under the Act), the federal government (represented by the Minister of Indian Affairs) and NIL/TU,O (representing the Collective First Nations) are parties to a tripartite delegation agreement, first signed in 1999 and later confirmed in 2004 (“2004 Agreement”). Under this agreement, the provincial government, as the keeper of constitutional authority over child welfare, delegated some of its statutory powers and responsibilities over the delivery of child welfare services to the Collective First Nations to NIL/TU,O. ... The federal government’s role in the arrangement is limited to financing NIL/TU,O’s provision of certain services to certain children. [Emphasis added.]

[84] Justice Abella follows this passage with an extensive discussion of provincial oversight and then states [at paragraphs 36 and 39]:

What, then, does all this tell us about the nature of NIL/TU,O operations? Clearly NIL/TU,O is regulated exclusively by the ... provincial delegated authority. ...

...

None of this detracts from NIL/TU,O’s distinct character as a child welfare organization for Aboriginal communities. But the fact that it serves these communities cannot take away from its essential character as a child welfare agency that is in all respects regulated by the province. ... [Emphasis added.]

[85] I will come back to the question about the nature of an organization’s operations later.

[86] Justice Abella goes on to state that federal government funding does not convert the operation into a federal activity, citing *Four B Manufacturing v. United Garment Workers*, [1980] 1 S.C.R. 1031 (*Four B*).

[87] *Four B* was considered by the Federal Court of Appeal in *Francis v. Canada Labour Relations Board*, [1981] 1 F.C. 225 (C.A.) (*Francis*). After quoting extensively from *Four B*, Justice Heald stated [at page 237]:

La province de la Colombie-Britannique (représentée par un directeur nommé sous le régime de la Loi), le gouvernement fédéral (représenté par le ministre des Affaires indiennes) et NIL/TU,O (représentant le regroupement des premières nations) ont signé une entente de délégation tripartite, laquelle a été initialement signée en 1999 et ensuite confirmée en 2004 [« l’entente de 2004 »]. En vertu de cette entente, le gouvernement provincial, chargé par la Constitution d’assurer les services d’aide à l’enfance, a délégué à NIL/TU,O certains de ses pouvoirs et responsabilités conférés par la Loi en vue de la prestation, au regroupement des premières nations, de services d’aide à l’enfance [...]. La participation du gouvernement fédéral aux termes de cette entente se limite à financer la prestation, par NIL/TU,O, de certains services à certains enfants. [Non souligné dans l’original.]

[84] La juge Abella enchaîne avec une analyse approfondie sur la supervision de la province, puis déclare [aux paragraphes 36 et 39] :

Que nous dit donc tout cela au sujet de la nature de l’entreprise de NIL/TU,O? Il est clair que NIL/TU,O est exclusivement réglementée par la province et que ses employés exercent des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale [...].

[...]

Rien de tout cela ne change le caractère distinct de NIL/TU,O à titre d’organisation d’aide à l’enfance pour les communautés autochtones. Mais le fait qu’elle serve ces communautés ne peut lui faire perdre sa nature essentielle d’agence d’aide à l’enfance qui est réglementée à tous égards par la province [...]. [Non souligné dans l’original.]

[85] Je reviendrai plus tard sur la question relative à la nature des activités d’une organisation.

[86] La juge Abella poursuit en déclarant que, du simple fait de bénéficier de fonds fédéraux, l’exploitation n’est pas réputée être une activité fédérale, citant l’arrêt *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031 (arrêt *Four B*).

[87] La C.A.F. a pris en compte l’arrêt *Four B* dans l’arrêt *Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1981] 1 C.F. 225 (C.A.) (l’arrêt *Francis*). Après avoir abondamment cité l’arrêt *Four B*, le juge Heald a déclaré [à la page 237] :

As I read the above quoted reasons of Beetz J., “exclusive federal competence” in relation to labour relations refers largely to “labour relations in undertakings, services and businesses which, having regard to the functional test of the nature of their operations and their normal activities, can be characterized as federal undertakings, services or businesses ...”. It is accordingly necessary, in my view, applying the functional test adopted by Beetz J. to determine the nature of the work being performed by the unit of employees in question. [Emphasis added.]

Il ressort des motifs précités du juge Beetz que la « compétence fédérale exclusive » en matière de relations de travail vise principalement « les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d’entreprises, de services ou d’affaires de compétence fédérale [...] ». Il est donc nécessaire, d’après moi, aux fins de l’application du critère fonctionnel adopté par le juge Beetz, de déterminer la nature du travail exécuté par l’unité d’employés en question. [Non souligné dans l’original.]

[88] Justice Heald went on to state [at pages 240–241]:

[88] Le juge Heald a poursuivi [aux pages 240 et 241] :

Based on the powers given to the Band and its Council in the *Indian Act* as detailed *supra* and the evidence before us of the exercise of those powers by the Band and its Council, I am satisfied that subject unit of employees is very directly involved in activities closely related to Indian status. ... The total administration of the Band is continuously concerned with the status and the rights and privileges of the Band Indians. I am thus firmly of the opinion that the labour relations in issue here are “an integral part of primary federal jurisdiction over Indians or Lands reserved for Indians”, thus establishing federal legislative competence pursuant to the provisions of subsection 91(24) of *The British North America Act, 1867*. [Citation omitted; footnote omitted; emphasis added.]

D’après les pouvoirs que confère à la bande et à son conseil la *Loi sur les Indiens*, tel que nous venons de le voir, et d’après la preuve qui a été faite de l’exercice de ces pouvoirs par la bande et son conseil, je suis convaincu que l’unité d’employés en question participe directement à des activités étroitement reliées au statut d’Indien [...] Dans son ensemble, l’administration de la bande se rapporte continuellement au statut et aux droits et privilèges des Indiens de la bande. Je suis donc fermement convaincu que les relations de travail en l’espèce font « partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées aux Indiens », établissant ainsi la compétence législative fédérale en vertu des dispositions du paragraphe 91(24) de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*. [Renvoi omis; note en bas de page omise; non souligné dans l’original.]

[89] Justice Heald completed that portion of his analysis [at page 243] concluding Parliament occupied the field by the provisions of the *Canada Labour Code* and that the “work, undertaking or business” is a “federal” work, undertaking or business because “the activities engaged in are being discharged under the authority of the *Indian Act*”.

[89] Le juge Heald a terminé la partie de son analyse en concluant [à la page 243] que le Parlement occupait le champ de compétence se rapportant aux relations de travail en vertu des dispositions du *Code canadien du travail* et que « l’ouvrage, l’entreprise ou l’affaire » était un ouvrage, une entreprise ou une affaire « “fédéral” », puisque « les activités sont exercées en vertu de la *Loi sur les Indiens* ».

[90] Justice Le Dain, dissenting in part, agreed that the activity engaged in was activity which falls under federal legislative jurisdiction with respect to “Indians, and Lands reserved for the Indians” under subsection 91(24) of the *British North American Act, 1867* and constitutes a federal work, undertaking or business within the meaning of sections 2 and 108 of the *Canada Labour Code*.

[90] Le juge Le Dain, dissident en partie, a convenu que les activités exercées étaient des activités qui relèvent de la compétence législative du fédéral en ce qui concerne « Les Indiens et les terres réservées aux Indiens » aux termes du paragraphe 91(24) de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* et constituent un ouvrage, une entreprise ou une affaire de compétence fédérale au sens des articles 2 et 108 du *Code canadien du travail*.

[91] The majority of the Federal Court of Appeal, Chief Justice Thurlow and Appeal Justice Heald, decided *Francis* on the basis that a First Nation Council was not an entity that could be recognized as an “employer”. On appeal, this conclusion was overturned by the Supreme Court of Canada in *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72 which held that a First Nation Council was capable of being recognized as an employer. The Supreme Court did not rule on the Federal Court of Appeal conclusion, separately reached by Appeal Justices Heald and Le Dain, that the administrative activities of the Council and the First Nation were “continuously concerned with the status and the rights and privileges of the Band of Indians” [at page 241] and came under the federal jurisdiction over “Indians and Lands reserved for Indians”.

[92] In applying the functional test, the Supreme Court in *NIL/TU,O* looked beyond the habitual activities of the entity to the underlying reason for the performance of the child welfare activities. It described the nature of the activities as being regulated exclusively by the provincial delegated authority. In *Francis* the Federal Court of Appeal similarly went beyond the descriptions of the activities to decide the activities were governmental in nature deriving from the federal *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5].

[93] In *Munsee-Delaware*, Justice LeBlanc of the Federal Court determined a federal adjudicator had jurisdiction to consider an unjust dismissal of an employee hired to work in an administration position in that First Nation’s office. The Court [at paragraph 29] relied on the Federal Court of Appeal’s factual conclusion in *Francis* where Justice Heald, with Justice Le Dain concurring, described the function of employees of the First Nation in that case as being “almost entirely concerned with the administration of the St-Regis Band of Indians”. The administration of a First Nation’s affairs is a governance activity within federal jurisdiction for “Indians and Lands reserved for Indians”.

[91] Les juges majoritaires de la C.A.F., le juge en chef Thurlow et le juge d’appel Heald, ont rendu une décision sur l’arrêt *Francis* au motif qu’un conseil de bande d’une Première Nation n’était pas une entité pouvant être reconnue comme un « employeur ». En appel, cette conclusion a été infirmée par la C.S.C. dans l’arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72, qui a statué qu’un conseil de bande de Première Nation pouvait être reconnu comme employeur. La C.S.C. n’a pas statué sur la conclusion de la C.A.F., tirée séparément par les juges d’appel Heald et Le Dain, selon laquelle l’administration du Conseil et de la Première Nation « se rapporte continuellement au statut et aux droits et privilèges des Indiens de la bande » [à la page 241] et relevait de la compétence fédérale en ce qui concerne « Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ».

[92] En appliquant le critère fonctionnel, la C.S.C. dans l’arrêt *NIL/TU,O* a regardé au-delà des activités habituelles de l’entité pour examiner la raison sous-jacente à la réalisation des activités liées à la protection de l’enfance. Elle décrivait la nature des activités comme étant réglementées par l’exercice des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale. Dans l’arrêt *Francis*, la C.A.F. est également allée au-delà des descriptions des activités pour décider si celles-ci étaient de nature gouvernementale et découlaient de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5].

[93] Dans la décision *Nation Munsee-Delaware*, le juge LeBlanc de la Cour fédérale a établi qu’un arbitre fédéral avait compétence pour examiner le congédiement injuste d’une employée embauchée pour occuper un poste à l’administration dans les locaux de cette Première Nation. La Cour [au paragraphe 29] s’est appuyée sur la conclusion factuelle tirée par la C.A.F. dans l’arrêt *Francis*, où le juge Heald, avec l’appui du juge Le Dain, a décrit la fonction des employés de la Première Nation dans cette affaire comme « se rapportant presque exclusivement à l’administration de la bande d’Indiens de Saint-Regis ». L’administration des affaires d’une Première Nation est une activité de gouvernance relevant de la compétence fédérale en ce qui concerne les « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

[94] The Federal Court went on to state at *Munsee-Delaware*, paragraphs 44–45:

As in this case, the St-Regis Band was engaged in education administration, in the administration of welfare and in the delivery of healthcare in the form of administration of an old age home. The Adjudicator ruled these activities were provincially regulated and that, therefore, nothing in the work performed by Ms. Flewelling was of the type which would normally be federally regulated. The fundamental nature of the “business” or operation of a Band and a Band Council, to which the *Indian Act* applies, as depicted by the Federal Court of Appeal in *Francis*, is completely lost in that analysis.

I am not prepared to say that *Francis* was overruled by *NIL/TU,O*. The absence of any consideration of this crucial factor, is, in my view, fatal to the Adjudicator’s ruling. In other words, based on *Francis*, the functional test is conclusive that the administration of the Nation’s Band is a federal undertaking within the meaning of the Code. [Emphasis added.]

[95] Returning to *NIL/TU,O*, Chief Justice McLachlin and Justice Fish, concurring in result, differed on the test to be applied and cautioned [at paragraph 59]:

.... The two-stage test proposed by our colleague would mean that labour jurisdiction would be determined in many cases before consideration of the power under s. 91(24) is reached. With respect, deciding labour jurisdiction in a case such as this without scrutiny of the federal power hollows out the functional test as conceived on the authorities. If a court were satisfied that the operation’s normal activities *look provincial* on their face, it would not need to go further. [Emphasis added; italic emphasis in original.]

[96] In my view, care has to be taken in applying the *Four B* functional test to avoid simply conflating the nature of the activities in question with the habitual and daily operations involved in carrying out the activities.

[94] La Cour fédérale a poursuivi en citant la décision *Nation Munsee-Delaware*, paragraphes 44 et 45 :

Comme c’est le cas en l’espèce, la bande de Saint-Régis s’occupait d’administration scolaire, d’administration de programmes d’aide sociale et de distribution de services de soins de santé, plus précisément de l’administration d’un foyer pour personnes âgées. L’arbitre a estimé que ces activités étaient régies par les lois provinciales et que le travail accompli par M<sup>me</sup> Flewelling ne renfermait donc aucun élément susceptible de relever en principe des lois fédérales. La nature fondamentale des « affaires » ou de l’exploitation d’une bande indienne et d’un conseil de bande, auxquelles s’applique la *Loi sur les Indiens*, comme les dépeignait la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Francis*, est complètement occultée dans cette analyse.

Je ne suis pas disposé à dire que l’arrêt *Francis* a été renversé par l’arrêt *NIL/TU,O*. L’absence de tout examen de ce facteur capital justifie à mon avis l’annulation de la décision de l’arbitre. Autrement dit, compte tenu de l’arrêt *Francis*, le critère fonctionnel permet d’affirmer que l’administration de la bande de la Nation est une entreprise fédérale au sens du Code. [Non souligné dans l’original.]

[95] Revenons à l’arrêt *NIL/TU,O*. La juge en chef McLachlin et le juge Fish, concourant quant au résultat, ont émis des opinions divergentes quant au critère à appliquer et ont fait une mise en garde [au paragraphe 59] :

[...] Le critère en deux étapes que propose notre collègue signifierait que la compétence en matière de relations de travail serait dans bien des cas déterminée avant que l’on ait examiné la compétence en vertu du par. 91(24). Avec égards, cette solution anéantit le critère fonctionnel tel que le conçoit la jurisprudence puisque la compétence en matière de relations de travail est tranchée sans que soit examinée la compétence fédérale. Une fois le tribunal convaincu qu’à première vue, les activités normales d’une entreprise *semblent de nature provinciale*, il n’aurait pas à pousser plus loin l’analyse. [Non souligné dans l’original; italiques dans l’original.]

[96] À mon avis, il convient d’appliquer avec soin le critère fonctionnel énoncé dans l’arrêt *Four B* pour éviter de confondre simplement la nature des activités en question avec les activités habituelles et l’exploitation quotidienne nécessaires à leur réalisation.

#### D. Application of Functional Test

[97] Justice Abella’s precise choice of words in articulating the functional test in *NIL/TU,O* is significant. She stated at paragraph 3: “It calls for an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question to determine whether it constitutes a federal undertaking” (emphasis added). The word “nature” is not synonymous with “habitual activities and daily operations”. It is set out first and has its own separate, and significant, meaning.

[98] “Nature” is defined “as a thing’s or person’s innate or essential qualities or character”. *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press, 1998.

[99] In arriving at the OSFI Decisions, James Rogers writes in his letters of February 28, 2017, to PBCNHS and NITHA:

In applying the functional test, we have examined PBCNHS’s normal, habitual activities based on all the information provided to us and have arrived at the conclusion that the nature of PBCNHS’s operations are the provision of health care and social services to the on-reserve community residents ...

And also:

In applying the functional test, we have examined NITHA’s normal, habitual activities based on all the information provided to us and have arrived at the conclusion that the nature of NITHA’s operations are the provision of health services to its four constituting members ...

[100] The language in these letters suggests the OSFI decision maker subordinated “nature” to “normal, habitual activities”. OSFI errs by hollowing out the functional test in failing to have regard to an essential quality of the activity being the underlying reason for the activities.

#### D. Application du critère fonctionnel

[97] Le choix précis des mots de la juge Abella pour faire ressortir le critère fonctionnel dans l’arrêt *NIL/TU,O* est significatif. Au paragraphe 3, elle a déclaré : « Ce critère requiert l’examen de la nature, des activités habituelles et de l’exploitation quotidienne de l’entité en question afin de déterminer s’il s’agit d’une entreprise fédérale » (non souligné dans l’original). Le mot « nature » n’est pas synonyme d’« activités habituelles et d’exploitation quotidienne ». Il est présenté en premier et a son propre sens distinct et significatif.

[98] « Nature » est définie « comme un ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète ou abstraite, généralement considérés comme constituant un genre ». *Le Petit Robert : Dictionnaire de la langue française*, Paris : Le Robert, 2002.

[99] Lorsqu’il est arrivé aux décisions du BSIF, M. James Rogers écrit dans ses lettres du 28 février 2017 adressées à PBCNHS et à NITHA :

[TRADUCTION] En appliquant le critère fonctionnel, nous avons examiné les activités habituelles et normales de PBCNHS en nous fondant sur tous les renseignements qui nous ont été fournis et sommes arrivés à la conclusion que la nature des activités de PBCNHS est la fourniture de soins de santé et de services sociaux aux résidents vivant dans la réserve [...]

En outre :

[TRADUCTION] En appliquant le critère fonctionnel, nous avons examiné les activités habituelles et normales de NITHA en nous fondant sur tous les renseignements qui nous ont été fournis et sommes arrivés à la conclusion que la nature des activités de NITHA est la fourniture de services de santé à ses quatre membres constituants [...]

[100] Le libellé de ces lettres laisse croire que le décideur du BSIF a subordonné la « nature » à « des activités normales et habituelles ». Le BSIF commet une erreur en écartant le critère fonctionnel lorsqu’il ne tient pas compte d’une qualité essentielle de l’activité constituant la raison sous-jacente des activités.

[101] In defining the meaning of “whereas”, *The Canadian Oxford Dictionary* provides “2 (esp in legal preambles) taking into consideration the fact that”. Such “whereas” recitals set out facts that are to be taken into consideration in the document and often indicate the context for the making of an agreement.

[102] An examination of the Appendices attached to the OSFI Decisions listing relevant provisions in the respective Health Funding Consolidated Contribution Agreements between Canada and PBCNHS and NITHA confirms the narrowing of considerations taken into account in the OSFI Decisions. In both instances, Mr. Rogers only refers to certain “whereas” recitals at the beginning of the Agreements:

A. With respect to PBCNHS:

Whereas the Minister wishes to provide funds to [PBCNHS] in accordance with the terms and conditions of this Agreement for the provisions of Health Programs and Services ...:

Whereas ... the parties agree that this Agreement shall not be constituted so as to establish, affect, derogate from or prejudice aboriginal, treaty, constitutional or any other rights ... [Emphasis by OSFI.]

B. With respect to NITHA:

Whereas the Minister wishes to provide funds to NITHA in accordance with the terms and conditions of this Agreement for the provision of Health Programs and Services ...:

Whereas the Minister and the NITHA intend that nothing in this Agreement shall have the effect of, or be interpreted as, limiting or expanding any fiduciary relationships between Her Majesty the Queen, in Right of Canada, and First Nations people: ... [Emphasis by OSFI.]

I consider the effect of this narrowed perspective is to unreasonably restrict the functional test analysis conducted by OSFI.

[101] Dans la définition de « attendu », le dictionnaire *Le Petit Robert* indique : « 2. Attendu que : étant donné que ». Le dictionnaire Oxford précise que c’est le cas en particulier dans les préambules juridiques. Ces attendus énoncent des faits qui doivent être pris en considération dans le document et indiquent souvent le contexte donnant lieu à l’accord.

[102] Un examen des annexes jointes aux décisions du BSIF énumérant les dispositions pertinentes des Accords de contribution unifiés visant le financement en matière de santé, conclus respectivement entre le Canada et PBCNHS et NITHA, confirme la limitation des considérations prises en compte dans les décisions du BSIF. Dans les deux cas, M. Rogers ne fait référence qu’à certains « attendus » au début des accords :

[TRADUCTION]

A. Eu égard à PBCNHS :

Attendu que le ministre désire fournir du financement à [PBCNHS] conformément aux modalités et conditions du présent accord pour l’exécution de programmes et services de santé [...]

Attendu que [...] les parties conviennent que le présent accord ne doit pas être constitué de manière à établir ou toucher des droits ancestraux, issus de traités, constitutionnels ou autres ou à déroger ou porter atteinte à de tels droits [...] [Soulignement du BSIF.]

B. Eu égard à NITHA :

Attendu que le ministre désire fournir du financement à NITHA bénéficiaire conformément aux modalités et conditions du présent accord pour l’exécution de programmes et services de santé [...]

Attendu que le ministre et NITHA conviennent que le présent accord n’a pas pour effet de limiter ou d’élargir les rapports fiduciaires entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les Premières nations [...] [Soulignement du BSIF.]

J’estime que ce point de vue étroit a pour effet de restreindre déraisonnablement l’analyse du critère fonctionnel menée par le BSIF.

[103] OSFI does not consider the following ‘whereas’ clauses in each of the Agreements that are important when considering the nature of the activities covered by the Agreements. Those recitals are:

A. With respect to PBCNHS:

WHEREAS the Crown entered into Treaty No. 6 with certain First Nations within the Province of Saskatchewan.

...

WHEREAS Canada by virtue of section 91(24) of the *Constitution Act 1867*, has legislative authority in respect of Indians and lands reserved for Indians.

WHEREAS a special relationship exists between Her Majesty, the Crown and the First Nations of Canada.

WHEREAS pursuant to this relationship the Minister has provided for the health and safety of First Nations people in accordance with the Indian Health Policy.

...

WHEREAS the First Nations and Inuit Health Branch of Health Canada has been established with the mandate to ensure the health and safety of First Nations people.

WHEREAS the Minister has made available the First Nations Inuit Health Transfer Initiative to enable First Nations people to exercise control over health services.

WHEREAS this Agreement is not intended, nor shall it be construed, as modifying Treaty No. 6, not [sic] is it intended as creating a new treaty within the meaning of section 35 of the *Constitution Act 1982*.

B. With respect to NITHA:

WHEREAS Her Majesty the Queen, in Right of Canada, entered into Treaties 5, 6, 8 and 10 with certain First Nations in what is presently the Province of Saskatchewan.

[103] Le BSIF ne tient pas compte des dispositions « attendu » suivantes de chacun des accords qui sont importantes pour établir la nature des activités couvertes par les accords. Ces attendus sont les suivants :

[TRANSLATION]

A. Eu égard à PBCNHS :

ATTENDU QUE la Couronne a conclu le Traité N° 6 avec certaines Premières Nations dans la province de la Saskatchewan.

[...]

ATTENDU QUE, en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Canada dispose de pouvoirs législatifs à l’égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens.

ATTENDU QU’il existe une relation spéciale entre Sa Majesté, la Couronne et les Premières Nations du Canada.

ATTENDU QUE, dans le cadre de cette relation, le ministre subvient aux besoins des membres des Premières Nations en matière de santé et de sécurité, conformément à la Politique sur la santé des Indiens.

[...]

ATTENDU QUE la Direction générale de la santé des Premières nations et des Inuits de Santé Canada a été créée avec le mandat d’assurer la santé et la sécurité des membres des Premières Nations.

ATTENDU QUE le ministre a rendu accessible l’initiative axée sur le transfert des services de santé aux Premières Nations et aux Inuits afin qu’ils puissent exercer un contrôle sur les services de santé.

ATTENDU QUE le présent accord n’a pas pour but, et ne doit pas avoir pour effet, de modifier le Traité N° 6, et qu’il ne vise pas non plus à créer un nouveau traité au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. Eu égard à NITHA :

ATTENDU QUE Sa Majesté la Reine du chef du Canada a conclu les traités n°s 5, 6, 8 et 10 avec certaines Premières Nations dans l’actuelle province de la Saskatchewan.



WHEREAS the parties acknowledge the historical and contemporary importance of the treaties to the relationship between Her Majesty the Queen, in Right of Canada, and the First Nation(s) of NITHA.

ATTENDU QUE les parties reconnaissent l'importance historique et contemporaine des traités dans les relations entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la ou les Premières Nations de NITHA.

[104] Copies of Treaties 5, 6, 8 and 10 and the accompanying Treaty Commissioners' reports were not included in the material before the OSFI. However, these treaties are referenced in the Agreements and, as important historical documents, may not be ignored. The recitals referencing the Treaties give context and meaning to the nature of the Agreements every bit as much, indeed more, as the recitals OSFI chose to emphasize in its decisions.

[104] Les copies des traités n<sup>os</sup> 5, 6, 8 et 10 et les rapports des commissaires aux traités qui les accompagnent n'ont pas été inclus dans les documents présentés au BSIF. Cependant, ces traités sont mentionnés dans les accords et ne peuvent être laissés de côté en tant que documents historiques importants. Les « attendus » faisant référence aux traités donnent à la nature des accords un contexte et un sens tout autant, voire plus, que les « attendus » que le BSIF a choisi de souligner dans ses décisions.

[105] I am entitled to have regard to these Treaties and the Treaty Commissioners' reports on the basis of long standing authority summarized by Supreme Court Justice Lamer in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at page 1050 who wrote:

[105] Je suis fondé à examiner ces traités et les rapports des commissaires aux traités compte tenu d'un précédent de longue date résumé par le juge Lamer de la C.S.C. dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S 1025 (l'arrêt *Sioui*), à la page 1050 qui a écrit :

.... I am of the view that all the documents to which I refer, whether my attention was drawn to them by the intervener or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

[...] Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenant ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la p. 629) :

The Court is entitled "to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous" as Lord du Parq said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C. at pp. 652-4.

[TRADUCTION] La cour a le droit « de prendre connaissance d'office des faits historiques passés ou contemporains » comme l'a dit lord du Parcq dans l'arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l'histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, d'identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige.

[106] Turning to the treaties in question, Treaty 6, 8 and 10 include federal Crown promises of health care.

[106] En ce qui concerne les traités en question, les traités n<sup>os</sup> 6, 8 et 10 incluent des promesses de la Couronne en matière de soins de santé.

[107] Treaty No. 6 contains express written treaty promises including what may be termed the "Medicine Chest" clause:

[107] Le Traité n<sup>o</sup> 6 contient des promesses écrites expresses, y compris ce qui peut être appelé la disposition relative au « buffet à médicaments » :

1876 Treaty 6:

That in the event hereafter of the Indians comprised within this treaty being overtaken by any pestilence, or by a general famine, the Queen, on being satisfied and certified thereof by her Indian Agent or Agents, will grant to Indians assistance of such character and such extent as Her Chief Superintendent of Indian Affairs shall deem necessary and sufficient to relieve the Indians from the calamity that shall have befallen them.

...

That a medicine chest shall be kept at the house of each Indian Agent for the use and benefit of the Indians at the direction of such agent. [Emphasis added.]

[108] In Treaty No. 8, the Treaty Commissioners made oral promises that the federal Crown would provide health services:

1899 Report of Commissioners for Treaty No. 8:

.... They all wanted as liberal, if not more liberal terms, than were granted to the Indians of the plains.... They requested that medicines be furnished. At Vermilion, Chipewyan and Smith's Landing, an earnest appeal was made for the services of a medical man. ...

.... We promised that supplies of medicines would be put in the charge of persons selected by the Government at different points, and would be distributed free to those of the Indians who might require them. We explained that it would be practically impossible for the Government to arrange for regular medical attendance upon Indians so widely scattered over such an extensive territory. We assured them, however, that the Government would always be ready to avail itself of any opportunity of affording medical service just as it provided the physician attached to the Commission should give free attendance to all Indians whom he might find in need of treatment as he passed through the country. [Emphasis added.]

[109] In Treaty No. 10, the Treaty Commissioner also made oral promises of health services by the federal Crown:

Traité N° 6 – 1876

Que dans le cas où par la suite les Indiens compris dans ce traité seraient visités par la peste ou par une disette générale, la Reine, lorsqu'elle aura reçu un certificat en bonne et due forme de Son agent ou de Ses agents pour les Affaires indiennes accordera tous et tels secours que Son surintendant en chef des Affaires indiennes croira nécessaires et suffisants pour les soulager du fléau qui aura fendu sur eux;

[...]

Qu'il sera tenu un buffet à médicaments au domicile de tout agent des Indiens pour l'usage et l'avantage des Indiens, à la discrétion de tel agent; [Non souligné dans l'original.]

[108] Dans le Traité n° 8, les commissaires aux traités ont fait des promesses verbales selon lesquelles la Couronne fédérale fournirait des services de santé :

Rapport des commissaires sur le traité N° 8 – 1899

[...] Ils voulaient tous des conditions aussi libérales, sinon plus libérales, que celles accordées aux indiens des plaines. [...] Ils demandèrent qu'on leur fournit des médicaments. À Vermillon, Chipewyan et au Débarcadère de Smith, ils demandèrent avec instances les services d'un médecin [...]

[...]

Nous fîmes la promesse que des médicaments seraient déposés chez des personnes choisis par le gouvernement à différents endroits, et qu'ils seraient distribués gratuitement aux indiens qui pourraient en avoir besoin. Nous expliquâmes qu'il serait pratiquement impossible pour le gouvernement de fournir des soins de médecins réguliers aux indiens si dispersés sur une si vaste étendue de territoire. Nous leur assurâmes, cependant, que le gouvernement serait toujours prêt à saisir toute occasion de fournir des soins de médecins, juste comme il stipulait que le médecin attaché à la Commission soignerait gratuitement tous les indiens qui auraient besoin de ses services, lorsqu'il passerait à travers le pays. [Non souligné dans l'original.]

[109] Dans le Traité n° 10, les commissaires aux traités ont également fait des promesses verbales relativement à des services de santé assurés par la Couronne fédérale :

1907 Report of the First Commissioner For Treaty no. 10:

They further requested that medicines be furnished, and made an earnest appeal for the appointment of a resident medical man.

...

I promised that medicines would be placed at different points in the charge of persons to be selected by the government, and would be distributed to those of the Indians who might require them. I showed them that it would be practically impossible for the government to arrange for a resident doctor owing to the Indians being so widely scattered over such an extensive territory; but I assured them that the government would always be ready to avail itself of any opportunity of affording medical service just as it provided that the physician attached to the commission should give free attendance to all Indians he might find in need of treatment. [Emphasis added.]

[110] There is no mention of health services in Treaty 5 or in the Treaty Commissioner's report although it is to be noted that medical officers were present and witnesses to the treaty and its subsequent adhesions.

[111] As an aside, I note the Treaty Commissioners spoke about the challenges of delivering medical aid to the locations in the country where the Indians were situated. Accordingly, on a related and surely undisputed point, I note the above Treaties all provided for Indian reserves where the Indians signatory to the Treaties were to reside.

[112] I am satisfied the historic Treaties and the Treaty Commissioners' reports make it clear that the federal Crown undertook to provide health services to the Indians on Indian reserves. This federal undertaking of providing health services to the Indians rests on the aforesaid historic federal Crown treaty promises and assurances of medical aid as well as the federal jurisdiction for Indians on the Indian reserves that were provided for in the Treaties.

Rapport du Premier commissaire pour le Traité n° 10 – 1907

Ils ont de plus demandé que des médicaments leur fussent fournis, et ils ont fait une demande sérieuse pour avoir un médecin résident.

[...]

Je leur ai promis que des médicaments seraient déposés à divers endroits sous les soins de personnes choisies par le gouvernement, et seraient à ceux des indiens qui pourraient en avoir besoin. Je leur ai démontré qu'il serait pratiquement impossible pour le gouvernement de pourvoir à ce qu'il y eût un médecin résident pour le motif que les indiens sont si largement disséminés sur un aussi vaste territoire; mais je leur ai assuré que le gouvernement serait toujours prêt à profiter de toute occasion qui pourrait se présenter de rendre les services médicaux de même qu'il s'engageait à ce que le médecin attaché à la commission devrait donner gratis ses soins à tous les indiens qui pourraient en avoir besoin. [Non souligné dans l'original.]

[110] Les services de santé ne sont pas mentionnés dans le Traité n° 5 ni dans le rapport du commissaire aux traités, bien qu'il soit à souligner que des officiers de santé étaient présents et ont été témoins du traité et de ses adhesions ultérieures.

[111] En passant, je souligne que les commissaires aux traités ont évoqué les difficultés liées à la fourniture d'une aide médicale aux endroits du pays où se trouvaient les Indiens. En conséquence, sur un point connexe et certainement incontesté, je souligne que les traités ci-dessus prévoient tous des réserves indiennes dans lesquelles les Indiens signataires des traités devaient résider.

[112] Je suis convaincu que les traités historiques et les rapports des commissaires aux traités indiquent clairement que la Couronne fédérale s'est engagée à fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes. L'engagement pris par le gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux Indiens repose sur les promesses susmentionnées, contenues dans les traités de la Couronne conclus par le gouvernement fédéral, et sur l'assurance de soins médicaux, ainsi que sur la compétence fédérale à l'égard des Indiens vivant dans les réserves indiennes, qui étaient prévues dans les traités.

[113] The recitals in the Agreements set out the context for the agreed transfer to the applicants of federal health services delivery that had been promised during the making of the Treaties. This federal undertaking is not merely the result of any recent federal spending policy.

[114] Accordingly, the PBCNHS and NITHA Health Agreements were made to enable the First Nations to take over delivery of federal health services being delivered by the federal government consistent with the solemn promises made to the Indians in treaty by the federal Crown.

[115] Although provincial regulation of general application applies to some of the health services on reserve, the mere fact this provincial legislation is applicable is not enough to bring the applicants under provincial jurisdiction when they are engaged in delivering promised federal Crown health services.

[116] In my view OSFI failed to consider this essential factor concerning the nature of the applicants' activities in delivering health services.

[117] In result, I am satisfied that the OSFI decision maker, in conducting the functional test, unreasonably failed to have regard to important facts relevant to the nature of the endeavour, namely the treaty relationship between the First Nations and the federal government and, in particular, the federal nature of delivery of health services to the Treaty First Nations when deciding whether or not PBCNHS and NITHA delivery of these federal health services was a federal undertaking.

[118] I will grant the application for *certiorari* and quash the February 28, 2017, OSFI Decisions concerning PBCNHS and NITHA pensions.

#### E. *Request for a Declaration*

[119] In addition to their request for an order for *certiorari*, the applicants sought further relief, being a request, as they stated, for:

[113] Les attendus des accords précisent le contexte du transfert convenu aux demandeurs de la prestation de services de santé fédéraux promis lors de la conclusion des traités. Cet engagement fédéral n'est pas simplement le résultat d'une politique récente de dépenses du gouvernement fédéral.

[114] Par conséquent, les accords en matière de santé de PBCNHS et de NITHA ont été conclus afin de permettre aux Premières Nations de prendre en charge la prestation des services de santé fédéraux fournis par le gouvernement fédéral, conformément aux promesses solennelles faites aux Indiens par la Couronne.

[115] Bien que la réglementation provinciale d'application générale s'applique à certains des services de santé dans les réserves, le simple fait que cette loi provinciale soit applicable ne suffit pas à faire en sorte que les demandeurs soient assujettis à la compétence provinciale lorsqu'ils fournissent des services de santé promis par la Couronne fédérale.

[116] À mon avis, le BSIF n'a pas tenu compte de ce facteur essentiel en ce qui concerne la nature des activités des demandeurs dans la prestation des services de santé.

[117] Partant, je suis convaincu que le décideur du BSIF, en appliquant le critère fonctionnel, n'a pas tenu compte, de manière raisonnable, de faits importants afférents à la nature de l'entreprise, à savoir la relation fondée sur les traités entre les Premières Nations et le gouvernement fédéral et, en particulier, la nature fédérale de la prestation de services de santé aux Premières Nations visées par un traité au moment de décider si la prestation de ces services de santé fédéraux par PBCNHS et NITHA constituait ou non une entreprise fédérale.

[118] Je vais accepter la demande de *certiorari* et annuler les décisions du BSIF du 28 février 2017 relatives aux régimes de retraite de PBCNHS et de NITHA.

#### E. *Demande de jugement déclaratoire*

[119] Outre leur demande relative à une ordonnance de *certiorari*, les demandeurs ont sollicité un redressement supplémentaire, soit une demande, comme ils l'ont mentionné, visant l'obtention :

A declaration pursuant to s. 18(1) (a) and/or s. 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, 2002, c.8, s.14 that the Applicants' jurisdiction for registration of their employee pension plans is Federal.

[120] A declaration differs from other judicial orders in that it declares what the law is without ordering any specific action by a party. The issues determined by a declaration become *res judicata* between the parties and compliance with the declaration is expected: *Assiniboine v. Meeches*, 2013 FCA 114, 444 N.R. 285 [cited above].

[121] In this instance, consideration of the request for a declaration is appropriate given the matter at hand has already been the subject of extensive litigation and repeated decisions. The parties have incurred significant expense and ordering a further decision could raise doubts as to whether the new decision is conducted fresh anew or is merely a defense of earlier thrice-repeated decisions.

[122] I had asked the parties to provide historical background about the provision of health services on Indian reserves. This information, together with the historical documentary record on the Treaties and Treaty Commissioners' reports reviewed above, provide a basis for considering the request for declaratory relief.

[123] The federal government is responsible for Indians, and Lands reserved for Indians, subsection 91(24) *Constitution Act, 1867*. In keeping with that jurisdiction, the federal Crown is responsible for the making of Indian treaties. Her Majesty the Queen in right of Canada is signatory to Treaties 5, 6, 8 and 10 with the First Nations whose health service delivery corporations are the applicants in this proceeding.

[124] The promise of health services is contained as an express term in Treaty 6. The Medicine Chest clause was a promise by the federal Crown to provide health services to the First Nations party to treaty. Thus, the

[TRANSLATION] D'un jugement déclaratoire en vertu de l'al. 18(1)a) et/ou de l'al. 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, 2002, c 8, art. 14, selon lequel l'enregistrement de leurs régimes de retraite pour les employés est de compétence fédérale.

[120] Un jugement déclaratoire diffère d'autres ordonnances judiciaires en ce sens qu'il énonce ce qu'est la loi sans ordonner aucune action particulière de la part d'une partie. Les questions qui sont tranchées au moyen d'un jugement déclaratoire ont force de chose jugée entre les parties, et on s'attend à ce que les parties s'y conforment : *Assiniboine c. Meeches*, 2013 CAF 114 (*Assiniboine*).

[121] En l'espèce, l'examen de la demande de jugement déclaratoire est approprié étant donné que la question à l'étude a déjà fait l'objet d'un long litige et de nombreuses décisions. Les parties ont engagé des dépenses importantes et ordonner une nouvelle décision pourrait soulever des doutes quant à savoir si la nouvelle décision est prise à nouveau ou si elle constitue simplement une défense à l'égard de décisions précédentes répétées trois fois.

[122] J'avais demandé aux parties de me présenter un historique des services de santé fournis dans les réserves indiennes. Ces renseignements, ainsi que les archives documentaires historiques sur les traités et les rapports des commissaires aux traités examinés ci-dessus, servent de point de départ à un examen de la demande de jugement déclaratoire.

[123] Le gouvernement fédéral est responsable des Indiens et des terres réservées pour les Indiens (paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Conformément à cette compétence, la Couronne fédérale est responsable de la conclusion des traités avec les Indiens. Sa Majesté la Reine du chef du Canada est signataire des traités n<sup>os</sup> 5, 6, 8 et 10 conclus avec les Premières Nations dont les sociétés de prestation de services de santé sont les demandeurs dans la présente instance.

[124] La promesse de services de santé est énoncée expressément dans le Traité n<sup>o</sup> 6. La disposition relative au buffet à médicaments était une promesse de la part de la Couronne fédérale de fournir des services de

Treaty No. 6 First Nations and their members are entitled to expect health services from the federal government. It is unnecessary at this stage to consider the extent or method of delivery of such health services. It is sufficient to observe that the First Nations can look to the federal government for fulfilment of the Treaty 6 promise.

[125] In both Treaty No. 8 and Treaty No. 10, the Treaty Commissioners reported the Indians repeatedly requested medical services. The Treaty Commissioners wrote they promised that medical services would be provided by the federal Crown. Indeed, the Commissioners advised that the medical officers accompanying the treaty party provided medical assistance aid to the Indians attending the treaty negotiations.

[126] Both Treaty No. 5 and the corresponding Treaty Commissioner's reports are silent on medical services although it is to be noted that medical officers were present and witnessed Treaty 5 and subsequent adhesions. The medical officers present in the subsequent Treaties 6, 8 and 10 provided medical aid to the Indians attending the treaty talks and one may reasonably assume the medical officers present at Treaty 5 did the same.

[127] Indian Treaties are to be understood as the Indians would understand them. In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, (1996), 181 A.R. 321, the Supreme Court of Canada stated [at paragraph 55]:

The Indian people made their agreements orally and recorded their history orally. Thus, the verbal promises made on behalf of the federal government at the times the treaties were concluded are of great significance in their interpretation. Treaty No. 8 was initially concluded with the Indians at Lesser Slave Lake. The Commissioners then travelled to many other bands in the region and sought their adhesion to the Treaty. Oral promises were made with the Lesser Slave Lake band and with the other Treaty signatories and these promises have been recorded in the Treaty Commissioners' Reports and in contemporary affidavits and diaries of interpreters and other government officials who participated in the negotiations. [Emphasis added.]

santé aux Premières Nations parties à un traité. Ainsi, les Premières Nations du Traité n° 6 et leurs membres sont en droit d'attendre des services de santé du gouvernement fédéral. À ce stade, il n'est pas nécessaire d'envisager l'étendue ou le mode de prestation de ces services de santé. Il suffit d'observer que les Premières Nations peuvent compter sur le gouvernement fédéral pour que soit tenue la promesse contenue dans le Traité n° 6.

[125] Dans les traités n° 8 et n° 10, les commissaires aux traités ont mentionné que les Indiens avaient demandé à plusieurs reprises des services médicaux. Les commissaires aux traités ont écrit qu'ils avaient promis que les services médicaux seraient fournis par la Couronne fédérale. En effet, les commissaires ont précisé que les officiers de santé qui accompagnaient la partie au traité fournissaient une aide médicale aux Indiens participant aux négociations.

[126] Le Traité n° 5 et les rapports des commissaires aux traités correspondants ne contiennent aucune mention des services médicaux, bien qu'il soit à souligner que des médecins militaires étaient présents et ont assisté à la signature du Traité n° 5 et aux adhesions ultérieures. Les officiers de santé présents dans les traités n°s 6, 8 et 10 ultérieurs ont fourni une aide médicale aux Indiens participant aux pourparlers sur les traités, et il est raisonnable de supposer que les médecins militaires présents au Traité n° 5 ont agi de la même manière.

[127] Il convient de comprendre les traités conclus avec les Indiens comme les Indiens les comprendraient. Dans l'arrêt *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, la C.S.C. a déclaré [au paragraphe 55] :

Comme les Indiens concluaient leurs ententes verbalement et transmettaient leur histoire oralement, les promesses verbales faites pour le compte du gouvernement fédéral au moment de la conclusion des traités revêtent une importance considérable pour l'interprétation de ceux-ci. Le Traité n° 8 a été conclu en premier avec les Indiens de la région du Petit lac des Esclaves. Les commissaires se déplacèrent ensuite pour aller rencontrer de nombreuses autres bandes de la région en vue d'obtenir leur adhésion au Traité. Certaines promesses verbales ont été faites à la bande du Petit lac des Esclaves et aux autres signataires du Traité, et ces promesses ont été consignées dans les rapports des commissaires, dans des affidavits

faits à la même époque et dans des journaux tenus par des interprètes et autres représentants du gouvernement ayant participé aux négociations. [Non souligné dans l'original.]

[128] I pause at this point to note I am not deciding whether health services are a treaty right because I need not go so far. Instead I am considering whether or not the provision of health services to the on-reserve Indians are in the nature of a federal government undertaking, more specifically whether the federal government undertook to deliver health services to the members of the applicant First Nations in keeping with the promises by the federal Crown at the time of treaty making.

[129] The federal Crown's treaty promises and assurances of health services were not merely transitory or empty promises, nor were they directed only to the specific recipients of each treaty. The evidence provided in the "Supplementary Historical Information on the Provision of Medical Services by the Federal Crown to the Applicants" summarizes:

The following report utilizes and reproduces except pages of the *Dominion of Canada Annual Reports of the Department of Indian Affairs* specifically from 1891-1918 that document the actual health services provided by doctors or medical officers to the 11 First Nations of the Prince Albert Grand Council, the Lac La Ronge Indian Band, Peter Ballantyne Cree Nation; and also, the 9 First Nations of the Meadow Lake Tribal Council, in Northern Saskatchewan.

These reports were originally written by Treaty Commissioners, Treaty Inspectors, Inspectors of Indian Agencies or Indian Agents of the Department of Indian Affairs, who attended with doctors or medical officers at visits with the First Nations or they documented the Federal medical services provided by the various doctors or medical officers of the time or the Health conditions of the specific First Nations of the time and the medical services provided to alleviate sickness among the First nations.

[128] Je m'interromps ici pour souligner que je ne vais pas trancher la question de savoir si les services de santé sont un droit issu de traités, car je n'ai pas besoin d'aller aussi loin. Je dois plutôt évaluer si la fourniture de services de santé aux Indiens vivant dans les réserves peut être considérée comme une entreprise fédérale, et plus précisément si le gouvernement fédéral s'est engagé à fournir des services de santé aux membres des Premières Nations des demandeurs, conformément aux promesses de la Couronne fédérale au moment de la conclusion du traité.

[129] Les promesses de traités de la Couronne fédérale et les assurances de services de santé n'étaient pas simplement des promesses transitoires ou vaines, pas plus qu'elles ne visaient uniquement les bénéficiaires spécifiques de chaque traité. Les éléments de preuve fournis dans le document intitulé « Supplementary Historical Information on the Provision of Medical Services by the Federal Crown to the Applicants » (renseignements historiques supplémentaires sur la fourniture de services médicaux par la Couronne fédérale aux demandeurs) sont résumés :

[TRADUCTION] Le rapport suivant utilise et reproduit des extraits des pages des *Dominion of Canada Annual Reports of the Department of Indian Affairs* [rapports annuels du département des Affaires des Sauvages, Dominion du Canada] datant de 1891 à 1918, qui documentent les services de santé effectivement fournis par des médecins ou des officiers de santé aux 11 Premières Nations du Grand conseil de Prince Albert, à la Bande indienne de Lac La Ronge, à la Nation crie Peter Ballantyne; ainsi qu'aux neuf Premières Nations du Conseil tribal de Meadow Lake, dans le nord de la Saskatchewan.

Ces rapports ont été rédigés à l'origine par des commissaires aux traités, des inspecteurs des traités, des inspecteurs des agences indiennes ou des agents des Indiens du département des Affaires des Sauvages [à l'époque], qui étaient présents avec des médecins et des officiers de santé lors de visites chez les Premières Nations ou qui ont documenté les services médicaux fédéraux fournis par les divers médecins ou officiers médicaux de l'époque ou l'état de santé de chaque Première nation de l'époque et

Additionally, the report concludes with 5 general summarizing documented reports on Indian Health Services in Canada and Saskatchewan taken from the *Dominion of Canada Annual Reports of the Department of Indian Affairs 1922*, *Report of the Superintendent General 1923*; *Canada Department of Mines and Resources-Indian Affairs Branch 1940, 1947* and *Canada-Department of Citizenship and Immigration-Indian Affairs Branch 1954*.

[130] I need not go into the detail of the supplementary information other than to note that the provision of health services by the federal government to the members of the applicant First Nations is long-standing, going back to the times of the making of Treaties 5, 6, 8 and 10 and is in keeping with the federal Crown's treaty and oral promises made to provide health services to the members of the applicant First Nations.

[131] I consider the federal government's undertaking to provide health services to Indians on Indian reserves to be broader than just the treaty promises. The historical record shows the federal government provided health services to the Treaty 5 First Nations and their members even though there is no such promise recorded in Treaty 5.

[132] Moreover, the historical information shows the federal government has been providing health services to all First Nations and their members for a long time. The federal undertaking, as the applicants submitted, is the federal assumption of responsibility to provide health services to all First Nations. This is reflected in the 1923 Department of Indian Affairs report which states in part:

les services médicaux fournis pour soulager la maladie parmi les Premières Nations.

En outre, le rapport se termine par cinq rapports généraux résumant des rapports documentés sur les services de santé pour les Indiens au Canada et en Saskatchewan, tirés des documents suivants : *Dominion of Canada Annual Reports of the Department of Indian Affairs 1922* [rapport annuel du département des Affaires des Sauvages, Dominion du Canada, 1922]; *Report of the Superintendent General 1923* [rapport du surintendant général, 1923]; *Canada Department of Mines and Resources-Indian Affairs Branch 1940, 1947* [ministère des Mines et des Ressources du Canada, Direction des affaires indiennes, 1940, 1947]; et *Canada-Department of Citizenship and Immigration-Indian Affairs Branch 1954* [ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, Direction des affaires indiennes, 1954].

[130] Je n'ai pas besoin d'entrer dans les détails des renseignements supplémentaires, sauf pour souligner que la fourniture de services de santé par le gouvernement fédéral aux membres des Premières Nations des demandeurs est établie de longue date, remontant à l'époque de l'élaboration des traités n<sup>os</sup> 5, 6, 8 et 10, et est conforme aux promesses verbales et aux traités de la Couronne fédérale visant à fournir des services de santé aux membres des Premières Nations des demandeurs.

[131] J'estime que l'engagement pris par le gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux Indiens vivant dans les réserves indiennes va au-delà des promesses contenues dans les traités. Le relevé historique montre que le gouvernement fédéral a fourni des services de santé aux Premières Nations du Traité n<sup>o</sup> 5 et à leurs membres, même si aucune promesse de ce genre n'a été consignée dans le Traité n<sup>o</sup> 5.

[132] De plus, les renseignements historiques montrent que le gouvernement fédéral fournit des services de santé à toutes les Premières Nations et à leurs membres depuis longtemps. Les demandeurs ont fait valoir que l'engagement fédéral consiste à assumer la responsabilité fédérale de fournir des services de santé à toutes les Premières Nations. Le rapport du département des Affaires des Sauvages de 1923 en témoigne :



## HEALTH SUPERVISION

The health of Indians has been normal during the past. The department provides medical attention for the Indian bands in all parts of the Dominion and all possible effort is being made to preserve and improve the physical well-being of the native races. [Emphasis added.]

[133] I conclude, from the historical treaty record and the supplementary evidence that the provision of health services to the Indians is a long-standing, century-long federal undertaking made in part, at the very least, in keeping with the treaty relationship between the applicant First Nations and the federal government.

[134] Turning to the Agreements between the applicants and the federal government, the “Whereas” recitals make it clear that the health services that are the subject of the Agreements are health services that the federal government had undertaken to deliver to the First Nations. The health services are now to be delivered by the applicants as the First Nations’ chosen corporate delivery vehicles.

[135] Applying the functional test, the nature of the applicants’ activities is the delivery of health services that correspond to the federal undertaking to provide health services to the First Nations and their members on Indian reserves. This undertaking comes within federal jurisdiction pursuant to subsection 91(24) jurisdiction *Constitution Act, 1867* which includes conduct of related matters on Indian reserves that are of concern for Indians and their rights as Indians and, as well, treaty making.

[136] In *NIL/TU,O*, Chief Justice McLachlin and Justice Fish referred to *Four B*, at paragraph 64 as holding “the Indian operation of a business and its economic impact on the community was insufficient to characterize the operation of a federal business and bring it within the protected core of 91(24).” The Chief Justice then observed [at paragraph 65]:

[TRADUCTION]

## SURVEILLANCE DE LA SANTÉ

La santé des Indiens a été normale dans le passé. Le département fournit des soins médicaux aux bandes indiennes dans toutes les régions du Dominion, et tout est mis en œuvre pour préserver et améliorer le bien-être physique des races autochtones. [Non souligné dans l’original.]

[133] Je conclus, à partir du document de traité historique et des éléments de preuve supplémentaires, que la fourniture de services de santé aux Indiens est un engagement fédéral, vieux de cent ans, pris en partie, à tout le moins, en conformité avec la relation fondée sur le traité conclu entre les Premières Nations des demandeurs et le gouvernement fédéral.

[134] En ce qui concerne les accords entre les demandeurs et le gouvernement fédéral, les « attendus » indiquent clairement que les services de santé faisant l’objet des accords sont des services de santé que le gouvernement fédéral s’était engagé à fournir aux Premières Nations. Les services de santé doivent maintenant être fournis par les demandeurs en tant que société de prestation choisie par les Premières Nations.

[135] Si l’on applique le critère fonctionnel, la nature des activités des demandeurs est la prestation de services de santé qui correspondent à l’engagement pris par le gouvernement fédéral de fournir des services de santé aux Premières Nations et à leurs membres dans les réserves indiennes. Cette entreprise relève de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui comprend la conduite des affaires connexes dans les réserves indiennes qui concernent les Indiens et leurs droits en tant qu’Indiens, ainsi que la conclusion de traités.

[136] Dans l’arrêt *NIL/TU,O*, la juge en chef McLachlin et le juge Fish ont fait référence à l’arrêt *Four B* au paragraphe 64, où il a été conclu que « le caractère indien d’une entreprise et son impact économique sur la collectivité étaient insuffisants pour que cette entreprise soit considérée comme une entreprise fédérale et pour qu’elle relève du contenu essentiel que protège le par. 91(24) ». La juge en chef a ensuite fait remarquer [au paragraphe 65] :

The reference to *Four B* in this passage is simply a factual statement about the conclusion reached *in that case*. It is not an assertion the Indian undertakings or businesses can never be federal matters governed by federal labour law. [Italic in original; emphasis added.]

Unlike the majority, after discussing *Four B* and other cases, they went on to address the other side of the coin, stating [at paragraph 70]:

We may therefore conclude that the core, or “basic, minimum and unassailable content” of the federal power over “Indians” in s. 91(24) is defined as matters that go to the status and rights of Indians. Where their status and rights are concerned, Indians are federal “persons”, regulated by federal law: (citation omitted). [Emphasis added.]

[137] The protected core of subsection 91(24) includes Indian rights arising from the exercise of federal jurisdiction. In the application at hand, the delivery of health services on Indian reserves by the federal government is closely connected to the rights of Indians whose First Nations entered into treaty in reliance of the treaty promises and oral assurances given to them by the federal Crown.

[138] The applicant First Nations and their members have a right to expect the federal government to honour its treaty promises and oral assurances to deliver health services. To alter the jurisdiction for such delivery to provincial jurisdiction is an impermissible abandonment of the federal treaty promises and assurances to provide health services. The Agreements maintain the treaty relationship which is made explicitly clear by the recitals that state the Agreements do not alter the treaty or fiduciary rights of the First Nations. Such rights continue notwithstanding the change in the method of delivery of health services.

[139] In my view the nature of the health services now being delivered by the applicants are those health services promised in treaty and realized through the century-long

Dans cet extrait, le renvoi à l’arrêt *Four B* est simplement une déclaration factuelle quant à la conclusion tirée *dans cet arrêt*. Cela ne signifie pas que les entreprises ou les affaires des Indiens ne peuvent jamais relever du gouvernement fédéral et être régies par les lois ouvrières fédérales. [Italiques dans l’original, non souligné dans l’original.]

Contrairement à la majorité, après avoir analysé l’arrêt *Four B* et d’autres cas, ils ont ensuite abordé le revers de la médaille en déclarant [au paragraphe 70] :

Nous pouvons donc conclure que le contenu essentiel, ou le « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les « Indiens » au par. 91(24) est défini comme les matières qui sont liées au statut et aux droits des Indiens. Lorsque leur statut ou leurs droits sont concernés, les Indiens sont des « personnes » fédérales, réglementées par les lois fédérales : (renvoi omis). [Non souligné dans l’original.]

[137] Le contenu essentiel du paragraphe 91(24) comprend les droits des Indiens découlant de l’exercice de la compétence fédérale. Dans la présente demande, la prestation des services de santé dans les réserves indiennes par le gouvernement fédéral est étroitement liée aux droits des Indiens dont les Premières Nations ont conclu un traité en s’appuyant sur les promesses des traités et les assurances verbales qui leur ont été faites par la Couronne fédérale.

[138] Les Premières Nations des demandeurs et leurs membres ont le droit de s’attendre à ce que le gouvernement fédéral respecte ses promesses de traités et ses assurances verbales de fournir des services de santé. Changer la compétence à l’égard de cette prestation pour en faire une compétence provinciale est un abandon inadmissible des promesses de traités et des assurances du gouvernement fédéral de fournir des services de santé. Les accords maintiennent la relation fondée sur le traité qui est explicitement énoncée dans les attendus qui déclarent que les accords ne modifient ni le traité ni les droits fiduciaires des Premières Nations. Ces droits perdurent nonobstant le changement de mode de prestation des services de santé.

[139] À mon avis, la nature des services de santé actuellement fournis par les demandeurs correspond aux services de santé promis dans un traité et concrétisés

federal government undertaking to provide of health services in keeping with its treaty relationship with the applicant First Nations.

[140] As pointed out by the Supreme Court in Canada in *NIL/TU,O*, the entity engaged in the activity does not change the nature of the activity which remains the focus of the functional test to be applied. Here, the fact that PBCNHS and NITHA are provincial non-profit corporations does not change the fundamental nature of the activities performed. The activity remains a federal undertaking to provide health services to the Treaty First Nations in keeping with its promises made at time of treaty-making which the federal government has honourably carried out for over a century since the times of treaty making.

[141] I do not see this as an instance of co-operative federalism as referred to in *NIL/TU,O* although it follows the same approach of a more beneficial delivery of health services by having that service delivered by the applicant First Nations' corporations. Unlike in *NIL/TU,O*, the Saskatchewan provincial government is not party to the Agreements and there is no delegation of authority over health to the applicants. The provision of health services is a federal undertaking that does not change in nature because a more beneficial delivery of those services has been adopted by the federal government by agreement with the First Nations and their health services corporations.

[142] I find the process of administration, provision and delivery of health services for on-reserve Indian members of the applicant First Nations pursuant to the Agreements between the federal government and the applicants, PBCNHS and NITHA, to constitute a federal undertaking that comes within the definition in paragraph 4(4)(i) PBSA.

[143] I see no benefit to referring this matter back to the decision-maker for reasons already stated. I will grant the declaration sought.

dans le cadre de l'engagement pris par le gouvernement fédéral, depuis un siècle, de fournir des services de santé dans le respect de sa relation fondée sur le traité avec les Premières Nations des demandeurs.

[140] Comme l'a souligné la C.S.C. dans l'arrêt *NIL/TU,O*, l'entité qui exerce l'activité ne change pas la nature de l'activité qui demeure l'élément central du critère fonctionnel à appliquer. Ici, le fait que PBCNHS et NITHA soient des entreprises provinciales sans but lucratif ne modifie pas la nature fondamentale des activités réalisées. L'activité reste une entreprise fédérale visant à fournir des services de santé aux Premières Nations visées par un traité, conformément aux promesses faites au moment de la conclusion du traité par le gouvernement fédéral, et que celui-ci a honorablement respectées depuis plus d'un siècle.

[141] Je ne vois pas cela comme un cas de fédéralisme coopératif au sens de l'arrêt *NIL/TU,O* bien que cela corresponde à la même approche consistant à offrir des services de santé plus avantageux en assurant la prestation de ces services par les entreprises des Premières Nations des demandeurs. Contrairement à l'arrêt *NIL/TU,O*, le gouvernement provincial de la Saskatchewan n'est pas partie aux accords, et il n'y a pas de délégation de pouvoir en matière de santé aux demandeurs. La prestation de services de santé est une entreprise fédérale dont la nature ne change pas, car le gouvernement fédéral a adopté une prestation plus avantageuse de ces services, en accord avec les Premières Nations et leurs personnes morales dispensant des services de santé.

[142] J'estime que le processus d'administration, de fourniture et de prestation de services de santé pour membres indiens des Premières Nations des demandeurs vivant dans les réserves en vertu des accords conclus entre le gouvernement fédéral et les demandeurs, PBCNHS et NITHA, constitue une entreprise fédérale relevant de la définition donnée à l'alinéa 4(4)(i) de la LNPP.

[143] Je ne vois aucun avantage à renvoyer l'affaire au décideur pour les motifs déjà exposés. Je vais accorder le jugement déclaratoire sollicité.

### F. *Extension of Time*

[144] The notice of application was filed five months after the Decisions were made and presumably communicated. Under the *Federal Courts Act*, a notice of application is to be made within 30 days after the decision is first communicated or otherwise within a time set by a Judge of the Federal Court: the Act, subsection 18.1(2). I raised this question at the hearing of the application and was told there was a consent order extending the time; however, to remove any doubt, I will address the question.

[145] The test to be used if granting an extension is whether there was a continuing intention to pursue the application, some merit to the application, no prejudice to the respondent from the delay and a reasonable explanation for the delay: *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87, at paragraphs 61–62.

[146] This matter is clearly of importance to the parties and the application for judicial review was part of an agreement to resubmit the application to OSFI for a decision which could be followed by an application for judicial review if the new decisions were further challenged.

[147] I am satisfied this Court should confirm an extension of time for the notice of application to the date of filing.

### VII. Conclusion

[148] I find that the OSFI Decisions do not meet the requisite standard of review. I find it is appropriate to grant the applicants' request for *certiorari* and to order the February 28, 2017, OSFI Decisions concerning PBCNHS and NITHA quashed.

[149] I am satisfied the health services previously delivered by the federal government and now administered by the applicants are federal undertakings within federal jurisdiction and I will grant the request for a declaration to that effect.

### F. *Prolongation du délai*

[144] L'avis relatif à une demande a été déposé cinq mois après que les décisions ont été prises et vraisemblablement communiquées. En vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, un avis relatif à une demande doit être présenté dans les 30 jours qui suivent la première communication de la décision ou autrement dans un délai fixé par un juge de la Cour fédérale (paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*). J'ai soulevé cette question lors de l'audition de la demande, et on m'a dit qu'il y avait une ordonnance sur consentement prolongeant le délai; cependant, pour lever tout doute, je vais aborder la question.

[145] Le critère à utiliser pour accorder une prolongation consiste à déterminer s'il existait une intention constante de poursuivre la demande, si la demande avait un fondement, si le défendeur a subi un préjudice en raison du retard et si une explication raisonnable justifie le retard (arrêt *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204, aux paragraphes 61 et 62).

[146] Cette question revêt manifestement une importance pour les parties, et la demande de contrôle judiciaire faisait partie d'un accord visant à soumettre à nouveau la demande au BSIF afin qu'une décision puisse être suivie d'une demande de contrôle judiciaire si les nouvelles décisions étaient contestées.

[147] Je suis convaincu que la Cour devrait confirmer une prorogation de délai jusqu'à la date de dépôt en ce qui concerne l'avis relatif à une demande.

### VII. Conclusion

[148] J'estime que les décisions du BSIF ne satisfont pas à la norme de contrôle requise. J'estime qu'il est approprié d'accéder à la demande de *certiorari* des demandeurs et d'ordonner l'annulation des décisions du BSIF du 28 février 2017 concernant PBCNHS et NITHA.

[149] Je suis convaincu que les services de santé fournis auparavant par le gouvernement fédéral et désormais administrés par les demandeurs sont des entreprises fédérales de compétence fédérale et je ferai droit à la demande de jugement déclaratoire à cet effet.

[150] I order the time for filing the notice of application is extended to the date of filing.

[151] Costs are awarded to the applicants.

Judgment in T-1315-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The applicants' request for *certiorari* is granted and the OSFI Decisions concerning PBCNHS and NITHA respectively are quashed.
2. I declare the health services previously delivered by the federal government and now delivered by the applicants are a federal undertaking within federal jurisdiction for subsection 91(24) *Constitution Act, 1867* and comes within the meaning of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*.
3. The time for filing the notice of application is extended to the date of filing.
4. Costs are awarded to the applicants.

[150] J'ordonne que le délai de dépôt de l'avis relatif à une demande soit prolongé jusqu'à la date de dépôt.

[151] Les dépens sont adjugés aux demandeurs.

Jugement dans le dossier T-1315-17

LA COUR STATUE que :

1. Il est fait droit à la demande de *certiorari* des demandeurs, et les décisions du BSIF relatives au PBCNHS et au NITHA sont annulées.
2. Je déclare que les services de santé dispensés antérieurement par le gouvernement fédéral et maintenant dispensés par les demandeurs sont une entreprise fédérale de compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et relèvent de l'acception de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*.
3. Le délai de dépôt de l'avis relatif à une demande est prolongé jusqu'à la date de dépôt.
4. Les dépens sont adjugés aux demandeurs.