

A-560-91

Alcan Aluminium Limited, Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport (*Appellants*)

v.

Carrier-Sekani Tribal Council, Marvin Charlie, Chief of the Cheslatta Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Cheslatta Indian Band, Maureen Ogen, Chief of the Broman Lake Indian Band, on behalf of herself and all other members of the Broman Lake Indian Band, Geoffrey Thomas, Chief of the Stoney Creek Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Stoney Creek Indian Band, Peter Quaw, Chief of the Fort George Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Fort George Indian Band, Ernie Nooski, Chief of the Fraser Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Fraser Lake Indian Band, Robert Michell, Chief of the Stellaquo Indian Band, on behalf of herself [*sic*] and all other members of the Stellaquo Indian Band, Leonard Thomas, Chief of the Necoslie Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Necoslie Indian Band, Edward John, Chief of the Tl'azt'en Nation Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Tl'azt'en Nation, Roy French, Chief of the Takla Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Takla Lake Indian Band, Wilf Adam, Chief of the Lake Babine Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Lake Babine Indian Band, Robert Charlie, Chief of the Burns Lake Indian Band, on behalf of himself and all other members of the Burns Lake Indian Band (*Respondents*)

A-561-91

Alcan Aluminium Limited, Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and

A-560-91

Alcan Aluminium Limitée, le ministre de l'Environnement, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports (*appelants*)

c.

b Le Conseil de la tribu Carrier-Sekani, Marvin Charlie, chef de la bande indienne Cheslatta, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Cheslatta, Maureen Ogen, chef de la bande indienne de Broman Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Broman Lake, Geoffrey Thomas, chef de la bande indienne de Stoney Creek, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Stoney Creek, Peter Quaw, chef de la bande indienne de Fort George, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Fort George, Ernie Nooski, chef de la bande indienne de Fraser Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Fraser Lake, Robert Michell, chef de la bande indienne Stellaquo, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Stellaquo, Leonard Thomas, chef de la bande indienne Necoslie, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Necoslie, Edward John, chef de la bande indienne Tl'azt'en Nation, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Tl'azt'en Nation, Roy French, chef de la bande indienne de Takla Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Takla Lake, Wilf Adam, chef de la bande indienne de Lake Babine, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Lake Babine, Robert Charlie, chef de la bande indienne de Burns Lake, en son nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Burns Lake (*intimés*)

A-561-91

j Alcan Aluminium Limitée, le ministre de l'Environnement, le ministre des Affaires

Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport (Appellants)

indiennes et du Nord canadien, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports (appelants)

v.

a c.

Save the Bulkley Society, Nechako Neyenkut Society, United Fishermen and Allied Worker's Union, B.C. Wildlife Federation, The Steelhead Society of British Columbia, Canadian Association of Smelter and Allied Workers (Respondents)

La Save the Bulkley Society, la Nechako Neyenkut Society, le Syndicat des pêcheurs et travailleurs assimilés, la B.C. Wildlife Federation, The Steelhead Society of British Columbia, l'Association canadienne des travailleurs de fonderie et ouvriers assimilés (intimés)

INDEXED AS: CARRIER-SEKANI TRIBAL COUNCIL v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CONSEIL DE LA TRIBU CARRIER-SEKANI c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Marceau, and Linden J.J.A. — Vancouver, December 16, 17, 18, 19 and 20, 1991, and April 8, 9 and 10, 1992; Ottawa, May 8, 1992.

Cour d'appel, juges Heald, Marceau et Linden, J.C.A. — Vancouver, 16, 17, 18, 19 et 20 décembre 1991 et 8, 9 et 10 avril 1992; Ottawa, 8 mai 1992.

Environment — Kemano Completion Project (KCP) for expansion of hydro-electric facility on Nechako River to supply Alcan smelter at Kitimat — Whether subject to Environmental Assessment Review Process Guidelines Order (EARPGO) — Order in council declaring project not subject to EARPGO — Ministers of Transport and Fisheries and Oceans giving clearances under Navigable Waters Protection Act and Fisheries Act — Supreme Court deciding in Oldman River case EARPGO applying where exercise of ministerial power or duty legally necessary to execution of project — Ministerial exemptions not such power or duty — Finding of fact not constituting exercise of regulatory power.

Environnement — Travaux d'achèvement du projet Kemano (travaux KCP) destinés à accroître la capacité de la centrale hydro-électrique sur la rivière Nechako pour alimenter une fonderie d'Alcan à Kitimat — Il échet d'examiner si ces travaux sont soumis à l'application du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (Décret sur les lignes directrices) — Arrêté portant que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas aux travaux KCP — Arrêtés d'exemption pris par le ministre des Transports en application de la Loi sur la protection des eaux navigables et de la Loi sur les pêches — Décision par la Cour suprême par l'arrêt Oldman River que le Décret sur les lignes directrices s'applique dans les cas où l'exercice du pouvoir ou de l'obligation ministériel est nécessaire à la mise à exécution du projet — Les exemptions ministérielles ne représentent pas l'exercice de pareil pouvoir ou obligation — Une conclusion sur les faits ne constitue pas un exercice de pouvoir réglementaire.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Motions Judge holding order in council ultra vires on application for certiorari against named ministers — Granting orders of certiorari and mandamus upon hearing of preliminary motion to strike — Decision declaratory in nature — Declaration against order in council only available by action against Attorney General — Certiorari remedy for administrative actions, not legislative enactments — Granting orders without hearing substantive defence denial of right to be heard.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Saisi de la requête en certiorari contre les ministres nommés, le juge des requêtes a invalidé l'arrêté — Délivrance d'ordonnances de certiorari et de mandamus après instruction des exceptions — Décision déclaratoire de par sa nature — Il ne peut être question de jugement déclaratoire contre l'arrêté que dans le cadre d'une action intentée contre le procureur général — Le certiorari est un recours contre des mesures administratives, non pas contre des textes législatifs — D'accorder les ordonnances recherchées sans entendre les défenses au fond revient à priver les appelants du droit de se faire entendre.

Constitutional law — Governor in Council enacting by subsequent order in council EARPGO not applying to specific project — Whether subsequent order ultra vires — Delegate empowered to enact subordinate legislation able to dispense

Droit constitutionnel — Arrêté pris par le gouverneur en conseil après la promulgation du Décret sur les lignes directrices pour en exempter un projet spécifique — Il échet d'examiner si cet arrêté est inconstitutionnel — Faute de disposition

from such legislation in absence of directory language in enabling statute.

This was an appeal and cross-appeal from a Trial Division decision granting applications for *certiorari* and *mandamus*.

In 1967, Alcan dammed the Nechako River in west-central British Columbia to furnish electricity for its smelter at Kitimat. In 1979, the Department of Fisheries and Oceans brought an action against Alcan in the Supreme Court of British Columbia, in which the Attorney General of British Columbia was joined, to enforce water flows through the dam. That litigation was settled in 1987. Pursuant to the Settlement Agreement, the Governor in Council passed regulations directing the Minister of Fisheries and Oceans to exercise, consistently with the Agreement, his discretion to approve Alcan's works on the Nechako and enacting (by SOR/90-729) that the Environmental Assessment Review Process Guidelines Order did not apply to the subsequent phase of those works, called the Kemano Completion Project (KCP). The Minister of Fisheries and Oceans issued an opinion, under subsection 20(10) of the *Fisheries Act*, that the water flows anticipated from the KCP would be sufficient for the safety and spawning of fish. The Minister of Transport issued exemption and approval orders under the *Navigable Waters Protection Act*.

The respondents seek to have the KCP subjected to a full environmental review. They had brought an action in Federal Court in April, 1988, but have taken no steps to move it forward since Alcan filed its statement of defence in May, 1989. The instant proceedings were commenced in October, 1990 by originating motions. The applications were for *certiorari* and *mandamus* against the execution of the Agreement, the ministerial approvals, and, by subsequent amendment to the applications, SOR/90-729. The appellants brought motions to strike. After the hearing on the preliminary motions, the Motions Judge dismissed the motions to strike and granted the principal applications.

Held, the appeals should be allowed, the cross-appeal denied.

The cross-appeal is from the Motions Judge's failure to make the rights guaranteed to native peoples under section 35 of the *Constitution Act, 1982* a ground for the relief granted; but an appeal can only be against a decision, and not the reasons for the decision.

The *vires* of an order in council can only be attacked in an action against the Attorney General. The Ministers named in the applications do not represent the Governor in Council. An order giving effect to the challenge mounted against the order in council—that it is *ultra vires* and contrary to the Constitution—is declaratory in nature, and the summary procedure of

contraire de la loi d'habilitation, l'autorité investie du pouvoir réglementaire peut exempter de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même.

Il y a en l'espèce appel et appel incident contre la décision rendue par la Section de première instance sous forme d'ordonnances de *certiorari* et de *mandamus*.

En 1967, Alcan a construit un barrage sur la rivière Nechako dans la région centre-ouest de la Colombie-Britannique en vue d'alimenter en électricité sa fonderie à Kitimat. En 1979, le ministère des Pêches et des Océans a intenté contre Alcan une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, action à laquelle a été joint le Procureur général de cette province, en vue d'assurer un certain débit de l'eau déversée par ce barrage. L'affaire a été réglée à l'amiable en 1987. En exécution de l'entente de règlement, le gouverneur en conseil a pris un décret portant obligation pour le ministre des Pêches et des Océans d'exercer, conformément à cette entente, ses pouvoirs discrétionnaires pour approuver les travaux d'Alcan sur la Nechako, et un arrêté (DORS/90-729) portant que le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement ne s'appliquait pas à la seconde phase de ces travaux, c'est-à-dire les travaux d'achèvement du projet Kemano (*Kemano Completion Project* ou KCP). Le ministre des Pêches et des Océans a émis, en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêches*, l'opinion que le débit postérieur aux travaux KCP serait suffisant pour assurer la sécurité et le frai des poissons. De son côté, le ministre des Transports a pris divers arrêtés d'exemption et d'approbation en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

Les intimés cherchent à soumettre les travaux KCP à un examen en règle des répercussions environnementales. Ils avaient intenté une action devant la Cour fédérale en avril 1988, mais n'ont pris aucune mesure pour y donner suite après que Alcan eut déposé sa défense en mai 1989. Les procédures en cours ont été intentées en octobre 1990 par voie de requêtes en *certiorari* et en *mandamus* contre la signature de l'entente de règlement, contre les approbations ministérielles et, par modification subséquente des requêtes, contre l'arrêté DORS/90-729. Les appelants y ont opposé plusieurs exceptions, lesquelles, après audition, ont été rejetées par le juge des requêtes qui a aussi fait droit aux requêtes.

Arrêt: les appels devraient être accueillis, l'appel incident rejeté.

L'appel incident porte sur le défaut, de la part du juge des requêtes, de citer comme motif d'accueil des demandes les droits que garantit aux peuples autochtones l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; cependant, il ne peut y avoir appel que contre une décision, non pas contre les motifs de cette décision.

Un arrêté du gouverneur en conseil ne peut être attaqué en justice que par action intentée contre le procureur général. Les ministres nommés dans les demandes ne représentent pas le gouverneur en conseil. Une ordonnance faisant droit à l'attaque contre la constitutionnalité d'un arrêté est déclaratoire de par sa nature, et la procédure sommaire de la requête introduc-

originating motion cannot be used to seek a declaration, but only to apply for a prerogative writ, such as *certiorari*. *Certiorari* is a remedy for the review of administrative decisions, not legislative acts. While the respondents argue that what is challenged is the recommendation which resulted in the adoption of the order, that recommendation cannot be challenged independently of the order, the only legal instrument to which effect can be given.

The hearing before the Motions Judge was devoted entirely to the preliminary motions to strike. Appellants' counsel did not address, and was not given an opportunity to address, the substantive issues raised by the originating applications. This deprived the appellants of their right to place before the Court all their means of defence. The Motions Judge was not entitled to grant the orders sought before the appellants had been afforded a full opportunity to present their case.

None of the challenged ministerial actions constituted decisions capable of bringing the project within the purview of the EARP guidelines. The EARPGO requirements apply to "proposals", defined to mean any "initiative . . . for which the Government of Canada has a decision-making responsibility". The applicable law is *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, recently decided by the Supreme Court of Canada. The Court held that the Guidelines are not brought into play whenever there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. They apply in all cases where Parliament has conferred upon a federal minister the power and duty to give or refuse permission to carry on a work, or to regulate the way in which it will be carried on, ministerial permission being a pre-condition to the execution of the work. The signing of the Settlement Agreement by the Minister of Fisheries and Oceans was not such an exercise of power. The decision to settle was an executive decision of the Governor in Council, effected by order in council. Similarly, the issuance of an opinion that the volume of water to be released was sufficient for the downstream fishery was not an approval of proposed works, but a direction as to how existing and proposed works should be operated to satisfy the statutory obligations on the owner, so that the Minister would not consider it his duty to intervene. The declarations of exemption under the *Navigable Waters Protection Act* were based on the Minister of Transport's finding of fact that the works would not interfere substantially with navigation, and the legal consequence of that fact is that the Minister has no regulatory power or duty under the Act. The making of a finding of fact is not an exercise of regulatory power.

Order in council SOR/90-729 is, on its face, a bar to the relief sought by the respondents. Whether the order in council be characterized as an amendment to the EARP Guidelines or as a clarification of their scope, it was clearly authorized by

tive d'instance ne peut servir qu'en vue d'un bref de prérogative, comme le bref de *certiorari*, et non pas d'un redressement par voie de jugement déclaratoire. Le bref de *certiorari* est un recours pour le contrôle des décisions administratives, non pas des textes législatifs. Les intimés soutiennent que ce qu'ils contestent, c'est la recommandation qui a abouti à l'adoption de l'arrêté, mais cette recommandation ne saurait être contestée indépendamment de l'arrêté, qui est le seul instrument légal auquel on puisse donner effet.

L'audition présidée par le juge des requêtes était exclusivement consacrée à l'instruction des exceptions. L'avocat des appelants n'a pas répondu aux points soulevés dans les requêtes introductives d'instance, et n'a pu le faire. Il s'ensuit que les appelants ont été privés du droit de soumettre à la Cour tous leurs moyens de défense. Le juge des requêtes n'était pas en droit de rendre les ordonnances en question avant que les appelants pussent faire pleinement valoir leurs arguments.

Aucune des mesures ministérielles attaquées n'était une décision de nature à faire tomber les travaux KCP dans le champ d'application du Décret sur les lignes directrices. Celui-ci s'applique aux «propositions», lesquelles s'entendent de «toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décision». Les règles applicables ont été définies par le récent arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, par lequel la Cour suprême du Canada a conclu que le Décret sur les lignes directrices ne reçoit pas application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Ce texte s'applique dans tous les cas où la loi prévoit pour un ministre fédéral le pouvoir et l'obligation de donner ou de refuser la permission de construire un ouvrage, ou d'imposer des conditions sous lesquelles cet ouvrage pourrait être construit, le promoteur n'ayant pas le droit de commencer sans l'autorisation ministérielle préalable. La signature de l'entente de règlement par le ministre des Pêches et des Océans ne représentait pas l'exercice du pouvoir susmentionné. La décision de règlement représentait l'exercice du pouvoir exécutif du gouverneur en conseil, sous forme de décret. De même, l'opinion émise que le débit d'eau prévu était suffisant pour les pêcheries en aval ne constituait pas une approbation du projet, mais une instruction sur la manière dont celui-ci devait être mis à exécution pour satisfaire aux conditions que la loi imposait au propriétaire, afin que le ministre ne se voie pas dans l'obligation d'intervenir. Les déclarations d'exemption faites en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables* étaient strictement fondées sur une conclusion sur les faits tirée par le ministre des Transports, savoir que les ouvrages visés ne gênaient pas sérieusement la navigation, et les conséquences de droit à tirer de cet état de choses sont que le ministre n'a ni pouvoir ni obligation de réglementation dans le cadre de cette loi. Une conclusion sur les faits n'est pas une décision rendue dans l'exercice du pouvoir réglementaire.

L'arrêté DORS/90-729 fait, par son libellé même, obstacle au redressement recherché par les intimés. Qu'on voie dans cet arrêté une modification apportée au Décret sur les lignes directrices ou une clarification de sa portée, il était clairement auto-

Parliament under section 6 of the *Department of the Environment Act*. The power to adopt regulations necessarily includes the power to clarify or vary them. While a minister has no power to dispense from the operation of the law, a delegate empowered to make subordinate legislation may dispense from the rule he makes, in the absence of directory language in the statute. Just as the original Guidelines could have been enacted with an exempting provision for the Project, the same result may equally be achieved by a later regulation. If the purpose of the Act has not been breached, there can be no question of bad faith in the enactment of SOR/90-729. It cannot be said that the Government was in breach of its fiduciary duty toward aboriginal peoples without knowing the exact content of that duty. There is nothing in the record to indicate that the Government's duty to the aboriginals could be fulfilled only by the application of the EARP Guidelines to the KCP. The doctrine of legitimate expectation does not apply as there is no promise from someone in authority on which reliance was placed by the respondents. Furthermore, the doctrine applies only to administrative procedure; it has no bearing on the validity of a legislative enactment.

risé par la loi, en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Le pouvoir d'adopter des règlements s'entend forcément aussi du pouvoir de les clarifier ou modifier. Si un ministre n'a pas le pouvoir de passer outre à l'application de la loi, une autorité investie du pouvoir réglementaire est habilitée, sauf disposition contraire de la loi, à exempter quelqu'un de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même. Si le Décret sur les lignes directrices avait pu comporter une disposition qui exemptait les travaux KCP, le même résultat pourrait être aussi atteint au moyen d'un texte réglementaire subséquent. S'il n'y a pas contravention à l'objectif de la loi, on ne saurait parler de mauvaise foi en ce qui concerne la promulgation de l'arrêté DORS/90-729. On ne peut pas dire que le gouvernement a manqué à son obligation fiduciaire envers les autochtones, sans connaître le contenu exact de cette obligation. Rien dans le dossier ne permet de conclure que le gouvernement ne pouvait remplir cette obligation qu'en appliquant le Décret sur les lignes directrices aux travaux KCP. La doctrine de l'attente légitime ne s'applique pas en l'espèce puisque aucune autorité n'a fait une promesse sur laquelle se seraient fondés les intimés. D'ailleurs, cette doctrine ne s'applique qu'aux questions de procédure administrative; elle n'a aucun rapport avec la question de la validité d'un texte législatif.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

Department of the Environment Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14, s. 6 (as am. by S.C. 1978-79, c. 13, s. 14).

Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4, 5, 6.

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 321.1 (as enacted by SOR/88-221, s. 7; as am. by SOR/90-846, s. 8; SOR/92-43, s. 4), 419, 1203 (as am. by SOR/79-57, s. 20).

Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 20(10), 33.1 (as enacted by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3; S.C. 1976-77, c. 35, s. 8).

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 22(3), 37.

Government Organization Act, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 6.

Kemano Completion Project Guidelines Order, SOR/90-729.

Kenney Dam and Skins Lake Spillway Orders Regulations, SOR/87-723.

Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5(2), 10(2).

Utilities Commission Act, S.B.C. 1980, c. 60.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729.

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement, S.C. 1978-79, ch. 13, art. 6.

Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5(2), 10(2).

Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4, 5, 6.

Loi sur le ministère de l'Environnement, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 14, art. 6 (mod. par S.C. 1978-79, ch. 13, art. 14).

Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 20(10), 33.1 (édicte par S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), ch. 17, art. 3; S.C. 1976-77, ch. 35, art. 8).

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 22(3), 37.
Règlement sur les ordonnances relatives au barrage Kenney et au déversoir du lac Skins, DORS/87-723.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 321.1 (édicte par DORS/88-221, art. 7; mod. par DORS/90-846, art. 8; DORS/92-43, art. 4), 419, 1203 (mod. par DORS/79-57, art. 20).

Utilities Commission Act, S.B.C. 1980, ch. 60.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 1. ^a

REFERRED TO:

Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; [1987] 3 W.W.R. 193; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); rev'g [1987] 1 C.N.L.R. 10; (1986), 15 C.P.C. (2d) 8 (B.C.S.C.). ^b

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from an order of the Trial Division (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 265, allowing applications for *certiorari* and *mandamus*. Appeal allowed, cross-appeal dismissed. ^d

COUNSEL:

Brian J. Wallace, Q.C. and *Ron A. Skolrood* for appellant Alcan Aluminium Limited. ^f

H.J. Wruck, Q.C. and *Valerie Osborne* for appellants Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport. ^g

Arthur Pape and *John Rogers* for respondent Carrier-Sekani Tribal Council. ^g

Martin L. Palleson for respondent Save the Bulkley Society. ^h

SOLICITORS:

Lawson, Lundell, Lawson, Vancouver, for appellant Alcan Aluminium Limited.

Deputy Attorney General of Canada for appellants Minister of the Environment, Minister of Indian Affairs and Northern Development, Minister of Fisheries and Oceans, and Minister of Transport. ⁱ

Pape & Salter, Vancouver, for respondent Carrier-Sekani Tribal Council. ^j

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3; [1992] 2 W.W.R. 193; (1992), 7 C.E.L.R. (N.S.) 1.

DÉCISION CITÉE:

Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; [1987] 3 W.W.R. 193; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (C.A.C.-B.); infirmant [1987] 1 C.N.L.R. 10; (1986), 15 C.P.C. (2d) 8 (C.S.C.-B.).

^c DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEL ET APPEL INCIDENT d'une ordonnance de la Section de première instance (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 265, qui faisait droit à des requêtes en *certiorari* et en *mandamus*. Appel accueilli, appel incident rejeté. ^e

AVOCATS:

Brian J. Wallace, c.r. et *Ron A. Skolrood* pour l'appelante Alcan Aluminium Limitée.

H.J. Wruck, c.r. et *Valerie Osborne* pour les appelants ministre de l'Environnement, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, ministre des Pêches et des Océans, et ministre des Transports.

Arthur Pape et *John Rogers* pour l'intimé Conseil de la tribu Carrier-Sekani.

Martin L. Palleson pour l'intimée Save the Bulkley Society.

PROCUREURS:

Lawson, Lundell, Lawson, Vancouver, pour l'appelante Alcan Aluminium Limitée.

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants ministre de l'Environnement, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, ministre des Pêches et des Océans, et ministre des Transports.

Pape & Salter, Vancouver, pour l'intimé Conseil de la tribu Carrier-Sekani.

*Ferguson, Gifford, Vancouver, for respondent
Save the Bulkley Society.*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: Two appeals and a cross-appeal are before the Court. They are all directed against a decision of a Motions Judge in the Trial Division issuing various orders in the nature of *certiorari* and *mandamus*. At the root of the proceedings is the construction of the so-called Kemano Completion Project, the second phase of Alcan Aluminium Limited's ("Alcan") hydro-electric generation facilities and aluminum reduction facilities in west-central British Columbia. Several parties are involved in the proceedings. On one side, with Alcan, are four ministers of the federal Crown: Environment, Fisheries and Oceans, Transport, Indian and Northern Affairs ("appellant Ministers"), who are said to have illegally allowed the Project to proceed. On the other side stand the Carrier-Sekani Tribal Council and the Chiefs of eleven Carrier Indian bands representing themselves and their members ("the Tribal Council"), together with a coalition of environmental and fishing interests led by the Save the Bulkley Society ("the Save the Bulkley Society"), who attack the Ministers' actions and seek a federal environmental review of the Project. The issues are numerous and complex and, to be properly addressed, they need to be carefully put in context. This will require a complete review of the facts that have led to the litigation and a history of the proceedings themselves.

Factual Background

The Existing Facilities

In 1950, Alcan reached an agreement with the Government of British Columbia relating to the construction of hydro-electric and aluminum reduction facilities in west-central British Columbia. The company was given the right to store and direct water flows in the Nechako and Nanika Rivers. Prior to commencing construction of the first phase of its project, the company held discussions with the federal Department of Fisheries that culminated in 1952 with

*Ferguson, Gifford, Vancouver, pour l'intimée
Save the Bulkley Society.*

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La Cour est saisie de deux appels et d'un appel incident, tous formés contre la décision rendue par un juge des requêtes de la Section de première instance sous forme de diverses ordonnances de *certiorari* et de *mandamus*. Le litige a son origine dans les travaux d'achèvement du projet dit Kemano, c'est-à-dire la seconde phase de la construction d'une centrale hydro-électrique et d'une aluminerie d'Alcan Aluminium Limitée («Alcan») dans la région centre-ouest de la Colombie-Britannique. Plusieurs parties sont en cause. D'un côté se trouvent, avec Alcan, quatre ministres de la Couronne fédérale: Environnement, Pêches et Océans, Transports, Affaires indiennes et Nord canadien («les ministres appelants»), qui auraient illégalement autorisé la mise à exécution du projet. De l'autre côté, se trouvent le Conseil de la tribu Carrier-Sekani et les chefs de onze bandes indiennes Carrier qui agissent en leur nom propre et au nom des membres de leurs bandes respectives («le Conseil tribal»), avec une coalition d'écologistes et de défenseurs de pêcheries menée par la Save the Bulkley Society («la Save the Bulkley Society»), qui attaquent les actions des ministres et cherchent à forcer un examen fédéral des répercussions environnementales du projet. Les points litigieux sont nombreux et complexes et, pour que la Cour puisse les instruire comme il convient, doivent être envisagés avec soin dans leur contexte. Il faut donc reprendre tous les faits qui sont à l'origine du litige ainsi que l'historique de l'instance elle-même.

Les faits de la cause

Les installations existantes

En 1950, Alcan a conclu avec le gouvernement de la Colombie-Britannique un accord sur la construction d'une centrale hydro-électrique et d'une aluminerie dans la région centre-ouest de la province. Cet accord lui donnait le droit d'accumuler et de redistribuer les eaux des rivières Nechako et Nanika. Avant de commencer les travaux de construction de la première phase du projet, la compagnie a eu avec le ministère fédéral des Pêches des discussions à l'issue

the Minister's determination that minimum water flows could be met by the release of 100 cubic feet per second into the Nechako River through a spillway to be dug at Skins Lake.

Work was completed in 1967. The essential feature of these primary facilities was a dam (the Kenney Dam) controlling the flow of the eastward running Nechako River which permitted the storage of a large quantity of water in a reservoir (the Nechako Reservoir) and the diversion of some of it westward to a powerhouse at Kemano whose function was to supply electricity to an aluminum smelter plant at Kitimat.

The Project of Expansion of the Facilities

During the 1970's, Alcan developed a plan for the second phase of its facility which called for the expansion of its capacity to store and divert water from both the Nechako and Nanika Rivers. The plan came to be known as the Kemano Completion Project or the KCP.

The Dispute with the Federal Authorities

In 1979, the federal Department of Fisheries and Oceans became concerned about the level of water released into the Nechako River from the existing facilities, particularly through the Skins Lake spillway. When Alcan disputed the validity of the Department's analysis, the Attorney General of Canada commenced an action in the Supreme Court of British Columbia and obtained a mandatory injunction forcing the company to meet certain water flows. Alcan opposed the action and filed a counterclaim. The Attorney General of British Columbia was then joined as a defendant. As time passed, Alcan, in 1983, determined to go ahead with the KCP in spite of the pending action, applied for an energy project certificate pursuant to the provincial *Utilities Commission Act*, S.B.C. 1980, c. 60. Alcan later postponed its application and, in an attempt to come to a full agreement with the federal authorities, submitted,

desquelles le ministre a conclu en 1952 que le débit minimal des eaux pouvait être maintenu par déversement de 100 pieds cubes par seconde dans la rivière Nechako par un déversoir à creuser au lac Skins.

^a

Les travaux ont été terminés en 1967. Le principal élément de ces premières installations était un barrage (le barrage Kenney) qui contrôlait le débit de la rivière Nechako coulant vers l'est et permettait l'accumulation d'une grande quantité d'eau dans un réservoir (le réservoir Nechako) et le détournement d'une partie de cette eau vers l'ouest, vers une centrale installée à Kemano et alimentant une fonderie d'aluminium à Kitimat.

^c

Le projet d'expansion des installations

^d

Durant les années 1970, Alcan a mis au point un plan pour la seconde phase d'aménagement qui consistait à accroître sa capacité à retenir et à détourner l'eau des deux rivières Nechako et Nanika. Ce plan devait être connu par la suite sous le nom de travaux d'achèvement du projet Kemano ou travaux KCP [*Kemano Completion Project*].

^f

Le différend avec les autorités fédérales

^g

En 1979, le ministère fédéral des Pêches et des Océans a commencé à s'inquiéter au sujet du débit de l'eau déversée par les installations existantes dans la rivière Nechako, en particulier par le déversoir du lac Skins. Alcan ayant contesté la validité de l'analyse de ce ministère, le procureur général du Canada a intenté une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu une ordonnance mandatoire pour forcer la compagnie à assurer un certain débit. Alcan a produit une défense et intenté une demande reconventionnelle. Le procureur général de la Colombie-Britannique a été alors constitué codéfendeur. Après un certain temps, Alcan, en 1983, déterminée à poursuivre les travaux KCP malgré l'action en instance, a demandé la délivrance d'un certificat de projet de production d'énergie en application de la loi provinciale dite *Utilities Commission Act*, S.B.C. 1980, ch. 60. Elle a par la suite sursis à sa demande

^j

for the Department's consideration, water flow studies it itself had conducted.

While the litigants were attempting to resolve their dispute, other parties indicated an interest in the matter. In 1984, the Tribal Council advised the Minister of Indian Affairs that the management of the Nechako River system would be a central issue in their forthcoming land claim negotiations. In June 1985, after Alcan filed a revised counterclaim, the Tribal Council even sought to be added as a party to the pending action but were eventually denied by the British Columbia Court of Appeal on the ground that the litigation dealt with a constitutional question, the resolution of which could not impair the legal position of the Indians.¹

The action finally came to trial in August 1987. The main issue was the scope of the Minister of Fisheries and Oceans' power to control flows on the Nechako River under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14; there were also some subsidiary issues, such as the quantity of water actually released and the level of flow required for the protection of the fish.

The Settlement of the Litigation

On September 14, 1987, at the beginning of the third week of the trial, the three parties to the action, the Queen in Right of Canada, the Queen in Right of British Columbia and Alcan, reached an agreement ("the Settlement Agreement") that effectively terminated the litigation. Alcan gave up the rights conferred on it in 1950 to dam and direct the flow into the Nanika River watershed as well as its rights to certain portions of the flow of the Nechako River; it also undertook to construct facilities that would enhance water quality in the river and promote the preservation of fish. In return, Alcan ensured the establishment of clear standards for the local fisheries

¹ *Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.*; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (B.C.C.A.); rev'g [1987] 1 C.N.L.R. 10 (B.C.S.C.).

et, pour parvenir à un plein accord avec les autorités fédérales, a soumis à l'examen du ministère des études de débit qu'elle avait effectuées elle-même.

^a Pendant que les deux côtés essayaient de résoudre leur différend, d'autres parties ont manifesté leur intérêt dans l'affaire. En 1984, le Conseil tribal a informé le ministre des Affaires indiennes que la gestion du système de la rivière Nechako serait l'une des questions centrales dans les négociations à venir sur leurs revendications territoriales. En 1985, après que Alcan eut déposé sa demande reconventionnelle révisée, le Conseil tribal a même essayé de se constituer partie dans l'action pendante, mais la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté sa demande par ce motif que le litige portait sur une question constitutionnelle, dont la solution ne pouvait compromettre la position juridique des Indiens¹.

^d L'action vint à procès en août 1987. Le principal point litigieux portait sur l'étendue du pouvoir qu'avait le ministre des Pêches et des Océans de contrôler le débit de la rivière Nechako, dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14; il y avait aussi certaines questions subsidiaires, comme la quantité d'eau effectivement déversée et le débit nécessaire pour la protection des poissons.

Le règlement à l'amiable du litige

^f Le 14 septembre 1987, à l'ouverture de la troisième semaine du procès, les trois parties en cause, la Reine du chef du Canada, la Reine du chef de la Colombie-Britannique et Alcan, ont conclu une entente («l'entente de règlement») qui mit effectivement fin au litige. Alcan renonça aux droits qu'elle s'était vu accorder en 1950 pour retenir l'eau par un barrage et la déverser dans le bassin hydraulique de la rivière Nanika, ainsi qu'à son droit d'accumuler une partie du débit de la rivière Nechako; elle s'engagea aussi à construire des installations qui amélioreraient la qualité de l'eau de la rivière et contribueraient à la préservation des poissons. En contre-partie, Alcan a

¹ *Attorney General of Canada et al. v. Aluminum Co. of Canada et al.*; *B.C. Wildlife Federation, Intervenor* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A.C.-B.); infirmant [1987] 1 C.N.L.R. 10 (C.S.C.-B.).

resource, something it needed to complete its expansion; and, to that effect, an opinion was immediately issued by the Minister of Fisheries and Oceans, pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14], stating that, provided certain remedial measures were taken, current water flows and the flows associated with KCP in the Nechako River would be sufficient for the safety and spawning of fish.² It was also agreed that a committee formed by representatives of each of the three parties would have the responsibility of supervising and managing water flows on the Nechako River.

On December 10, 1987, the Governor in Council issued orders in council P.C. 1987-2481 and 1987-2482 [*Kenney Dam and Skins Lake Spillway Orders Regulations*, SOR/87-723]. The first order, passed pursuant to section 6 of the *Government Organization Act*, 1979 [S.C. 1978-79, c. 13], approved the Settlement Agreement; the second order, passed pursuant to paragraph 33.1(3)(b) [as enacted by R.S.C. 1970 (1st Suppl.), c. 17, s. 3; S.C. 1976-77, c. 35, s. 8] (now paragraph 37(3)(b)) of the *Fisheries Act*, directed the Minister to exercise his powers under subsection 33.1(2) [as enacted *idem*] (now subsection 37(2)) of the Act in a manner consistent with the Settlement Agreement and the written opinion he had given under subsection 20(10) of the said Act.

The Aftermath of the Settlement Agreement

On April 14, 1988, an action was commenced in the Federal Court by the Save the Bulkley Society and other plaintiffs, directed against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Fisheries and Oceans and the Attorney General of Canada, challenging the validity of the Settlement Agreement. An amendment to the statement of claim filed on June 8, 1988 alleged that the Settlement Agreement was invalid on the grounds *inter alia* that it constituted an unlawful delegation and/or fettering of the Minister of Fisheries and Oceans' discretion under the *Fisheries Act*. Alcan obtained approval to be

² This is one of the Ministers' actions to be reviewed, so I will come back to it later.

obtenu que des normes précises fussent définies au sujet des ressources halieutiques locales, ce dont elle avait besoin pour pouvoir mener à bien son expansion; à cet effet, le ministre des Pêches et des Océans a immédiatement émis, en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries* [S.R.C. 1970, ch. F-14], l'opinion que, sous réserve de certaines mesures correctives, le débit actuel et le débit postérieur aux travaux KCP dans la rivière Nechako seraient suffisants pour assurer la sécurité et le frai des poissons². Il était aussi entendu qu'un comité formé de représentants de chacune des trois parties serait chargé de contrôler et de gérer le débit de la rivière Nechako.

Le 10 décembre 1987, le gouverneur en conseil a pris les décrets C.P. 1987-2481 et 1987-2482 [*Règlement sur les ordonnances relatives au barrage Kenney et au déversoir du lac Skins*, DORS/87-723]. Le premier, pris en application de l'article 6 de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement* [S.C. 1978-79, ch. 13], portait approbation de l'entente de règlement; le second, pris en application de l'alinéa 33.1(3)(b) [édicte par S.R.C. 1970 (1^{er} suppl.), ch. 17, art. 3; S.C. 1976-77, ch. 35, art. 8] de la *Loi sur les pêcheries* (alinéa 37(3)(b)) de l'actuelle *Loi sur les pêches*, portait obligation pour le ministre d'exercer les pouvoirs qu'il tenait du paragraphe 33.1(2) [édicte *idem*] (paragraphe 37(2) nouveau) de la *Loi* de manière conforme à l'entente de règlement et à l'opinion qu'il avait émise par écrit en application du paragraphe 20(10) de la même *Loi*.

Les suites de l'entente de règlement

Le 14 avril 1988, la Save the Bulkley Society et d'autres demandeurs ont intenté en Cour fédérale une action contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Pêches et des Océans et le procureur général du Canada, pour contester la validité de l'entente de règlement. Selon une modification apportée à la déclaration et déposée le 8 juin 1988, l'entente de règlement était invalide par ce motif entre autres qu'elle constituait une délégation et/ou diminution illégale des pouvoirs discrétionnaires que le ministre des Pêches et des Océans tenait de la *Loi sur les pêches*. Alcan, ayant été constituée défenderesse, a

² Il s'agit là de l'une des actions du ministre que la Cour doit examiner; j'y reviendrai plus loin.

added as a defendant in the litigation and filed its statement of defence on May 5, 1989. Since then, the plaintiffs have taken no further steps in the action.

On August 10, 1988, Alcan, now in possession of the necessary provincial authorization, announced its intention to proceed with the expansion of its power generating facilities. In due course, construction of the KCP commenced in the fall of 1988.

Certain of the works associated with the KCP involved construction in or across navigable waters. With respect to those works, the Minister of Transport issued, during 1988 and 1989, a series of "exemption orders" pursuant to subsection 5(2) of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22. One other work called for modifications to the existing spillway, and with respect to it the Minister of Transport also issued an "approval" under subsection 10(2) of the same Act.³

On October 12, 1990, the Governor in Council passed, as recommended by the Minister of the Environment on October 4, 1990, the *Kemano Completion Project Guidelines Order* ("SOR/90-729"). This order provided that the environmental regulations, enacted pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14; as am. by S.C. 1978-79, c. 13, s. 14; now R.S.C., 1985, c. E-10], by order in council SOR/84-467 and called the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the "EARP Guidelines" or the "Guidelines Order") did not apply to the KCP. It is often referred to as the "Exemption Order".

Construction of the KCP proceeded as planned until June 1991 when, as a result of the decision rendered by the Motions Judge in the present proceedings, Alcan moved to suspend work until such time as the appeal litigation is finally settled. By then, a large part of the project had been completed.

Procedural Background

The proceedings now before the Court were commenced in October 1990. The Save the Bulkley Soci-

³ They too will be discussed later.

déposé sa défense le 5 mai 1989. Depuis, les demandeurs n'ont pris aucune autre mesure pour donner suite à leur action.

Le 10 août 1988, Alcan, munie de l'autorisation provinciale nécessaire, annonça son intention d'entreprendre l'expansion de ses installations de production d'électricité. Les travaux de construction KCP ont finalement commencé à l'automne 1988.

Certains travaux KCP consistaient en constructions dans le lit ou en travers d'eaux navigables. À l'égard de ces travaux, le ministre des Transports a pris, en 1988 et 1989, divers «arrêtés d'exemption» en application du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22. D'autres travaux nécessitaient la modification du déversoir existant et, à cet égard, le ministre des Transports a aussi délivré une «approbation» en application du paragraphe 10(2) de la même Loi³.

Le 12 octobre 1990, le gouverneur en conseil, sur recommandation en date du 4 octobre 1990 du ministre de l'Environnement, a pris l'*Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano* («DORS/90-729»). Aux termes de cet arrêté, le règlement sur l'environnement, pris en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 14; mod. par S.C. 1978-79, ch. 13, art 14; maintenant L.R.C. (1985), ch. E-10], c'est-à-dire le décret DORS/84-467 intitulé *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («Décret sur les lignes directrices») ne s'appliquait pas aux travaux KCP. Cet arrêté est communément connu sous le nom d'«arrêté d'exemption».

Les travaux KCP se sont poursuivis comme prévu jusqu'en juin 1991, date à laquelle, par suite de la décision rendue par le juge des requêtes dans cette procédure, Alcan a suspendu les travaux jusqu'à ce que l'appel fût définitivement tranché. À ce moment-là, une grande partie du projet avait été terminé.

Historique de la procédure

L'instance dont la Cour est ici saisie fut intentée en octobre 1990. La Save the Bulkley Society a été la

³ Je reviendrai aussi sur ces mesures.

ety were the first to file their originating motion on October 5; the Tribal Council filed theirs on October 11. Both groups, dissatisfied with the response of the Ministers to their requests for a full environmental review of the KCP, were moving against the Ministers seeking orders quashing the Settlement Agreement and the aforementioned ministerial actions taken under the *Fisheries Act* and the *Navigable Waters Protection Act* and enjoining a full environmental review of the KCP, pursuant to the EARP Guidelines. On November 5, 1990, the parties consented to a hearing on February 26, 1991.

There was no reference to SOR/90-729, the Exemption Order, in the applications and Alcan was not a party to them. On January 17, 1991, both the Tribal Council and the Save the Bulkley Society (the respondents herein) amended their respective originating motions with a view to adding to the list of orders sought one quashing SOR/90-729. A few days later, Alcan made an application to be joined as a respondent, which was granted.

In answer to the originating motions, Alcan and the Ministers (the appellants herein) filed a number of preliminary motions contending that the applications should be struck or, at least, that the hearing be postponed. On February 18, 1991, the Motions Judge, before whom the matter came, determined that it was preferable to adjourn the hearing to a special session to be held on February 26, 1991, at the outset of which the preliminary objections would be dealt with.

Accordingly, on February 26, 1991, the Motions Judge had before him the two originating motions for prerogative relief made by the Save the Bulkley Society and the Tribal Council and the two preliminary motions to quash or postpone of the Ministers and Alcan.

première à présenter sa requête introductive d'instance le 5 octobre, suivie par le Conseil tribal qui a soumis la sienne le 11 octobre. Les uns et les autres, non satisfaits de la suite réservée par les ministres à leur demande d'un plein examen des répercussions environnementales des travaux KCP, réclamaient contre les ministres des ordonnances portant annulation de l'entente de règlement ainsi que des mesures ministérielles susmentionnées, prises en application de la *Loi sur les pêches* et de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, et ordonnant un examen en règle des répercussions environnementales des travaux KCP conformément au Décret sur les lignes directrices. Le 5 novembre 1990, les parties ont consenti à ce que l'affaire fût entendue le 26 février 1991.

Les demandes introduites ne faisaient nulle mention de l'arrêté d'exemption DORS/90-729, et ne citaient pas Alcan comme défenderesse. Le 17 janvier 1991, le Conseil tribal et la Save the Bulkley Society (les intimés en l'espèce) ont modifié leurs requêtes introductives d'instance respectives pour ajouter à la liste des ordonnances recherchées, une ordonnance portant annulation de l'arrêté DORS/90-729. Quelques jours après, Alcan a demandé à se constituer intimée, et sa demande a été accueillie.

Alcan et les ministres (les appelants en l'espèce) ont opposé aux requêtes introductives d'instance plusieurs exceptions faisant valoir qu'il y avait lieu de les radier ou, du moins, de surseoir à leur audition. Le 18 février 1991, le juge des requêtes saisi de l'affaire a décidé qu'il était préférable d'ajourner l'audition jusqu'à une séance spéciale à tenir le 26 février 1991, à l'ouverture de laquelle ces exceptions seraient examinées.

En conséquence, le 26 février 1991, le juge des requêtes avait devant lui les deux requêtes introductives d'instance, présentées par la Save the Bulkley Society et le Conseil tribal, qui concluaient aux mesures de redressement de prérogative, et les deux exceptions opposées par les ministres et Alcan, en vue de la radiation des demandes ou de l'ajournement de leur audition.

In the originating motions, the relief sought, in spite of some variations in the wording, was to the same effect:

- (a) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the execution by the Minister of Fisheries and Oceans of the Settlement Agreement; a
- (b) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the decision of the Minister of Fisheries and Oceans made pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act*;
- (c) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the following Declarations of Exemption and an Approval issued by the Minister of Transport pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*. b
 - (i) Declaration of Exemption dated June 22, 1989, File No. 8200-T-3489.1;
 - (ii) Declaration of Exemption dated July 24, 1989, File No. 8200-T-7558-1;
 - (iii) Declaration of Exemption dated September 26, 1989, File No. 8200-T-7560-1;
 - (iv) Declaration of Exemption dated December 15, 1989, File No. 8200-T-2768.2;
 - (v) Approval dated February 19, 1990, File No. 8200-4560. c
- (d) An Order in the nature of *mandamus* requiring the respondent Ministers of Fisheries and Oceans, Transport, Indian Affairs and Northern Development, and Environment to comply with the EARP Guidelines and to subject the decisions noted in paragraphs (a) to (c) above to an environmental screening and assessment pursuant to section 10 of the EARP Guidelines. d
- (e) An Order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order SOR/90-729. e

In the preliminary motions, it was submitted principally that the relief sought by the Save the Bulkley Society and the Tribal Council was not available on the applications as they stood, the Ministers contending that none of the orders contemplated could be issued while Alcan only challenged one, namely that related to the quashing of order in council SOR/90-729. It was submitted, alternatively, that a trial on the issues should be heard, or at least an adjournment of this hearing granted, so as to permit Alcan and the Ministers to submit their own evidence addressing the allegations contained in the voluminous material filed in support of the originating motions. f

A transcript of the three-day hearing is on file. At its conclusion, judgment was reserved. g

Les requêtes introductives d'instance portaient les mêmes conclusions, à part quelques différences dans leur formulation:

- a) Ordonnance de *certiorari* invalidant la signature par le ministre des Pêches et Océans de l'entente de règlement;
- b) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de la décision prise par le ministre des Pêches et Océans en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries*;
- c) Ordonnance de *certiorari* portant annulation des déclarations d'exemption et de l'approbation suivantes, faites par le ministre des Transports en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*: b
 - (i) Déclaration d'exemption en date du 22 juin 1989, numéro de dossier 8200-T-3489.1;
 - (ii) Déclaration d'exemption en date du 24 juillet 1989, numéro de dossier 8200-T-7558-1;
 - (iii) Déclaration d'exemption en date du 26 septembre 1989, numéro de dossier 8200-T-7560-1;
 - (iv) Déclaration d'exemption en date du 15 décembre 1989, numéro de dossier 8200-T-2768.2;
 - (v) Approbation en date du 19 février 1990, numéro de dossier 8200-4560. c
- d) Ordonnance de *mandamus* portant obligation pour les ministres des Pêches et Océans, des Transports, des Affaires indiennes et du Nord canadien, et de l'Environnement, intimés, de se conformer au Décret sur les lignes directrices et de soumettre les décisions visées aux alinéas a) à c) ci-dessus à l'évaluation préalable et à l'évaluation initiale prévues à l'article 10 du Décret sur les lignes directrices. d
- e) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729. e

Les exceptions faisaient essentiellement valoir que la Save the Bulkley Society et le Conseil tribal ne pouvaient prétendre au redressement auquel elles concluaient dans leurs requêtes, les ministres soutenant qu'aucune des ordonnances recherchées ne pouvait être rendue alors que Alcan ne contestait qu'une seule conclusion, savoir celle qui visait à l'annulation de l'arrêté DORS/90-729. On soutenait aussi, à titre subsidiaire, qu'il devait y avoir un procès sur les points litigieux ou qu'à tout le moins, l'audition devait être ajournée, pour que Alcan et les ministres pussent rapporter les preuves en réponse aux allégations contenues dans la documentation volumineuse déposée à l'appui des requêtes introductives d'instance. f

On peut trouver dans le dossier la transcription de l'audition qui a duré trois jours et à l'issue de laquelle la décision a été remise à plus tard. g

On May 14, 1991, the learned Motions Judge handed down his decision: the preliminary motions to quash were denied and all the relief sought in the originating applications was granted. Appeals to this Court were immediately launched.

A cross-appeal, as I mentioned at the outset, was also filed with this Court. The Tribal Council regretted that the Motions Judge had not added to the grounds on which he had found the order in council SOR/90-729 to be *ultra vires* the additional alleged ground that it was inconsistent with some constitutionally protected rights of the native people pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It was extremely doubtful that such procedure was open to the cross-appellant as a cross-appeal must be directed at the decision itself, not the reasons therefor (see Rule 1203 of the Rules of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as am. by SOR/79-57, s. 20]). Besides, in the appeals themselves, the validity of the judgment *a quo* would have to be confirmed with respect to all the grounds raised in the originating motions. In any event, the cross-appeal was never pursued independently of the appeals.

The appeal hearing lasted seven and a half days, five in December 1991 and two and a half in April 1992, during which every facet of all the legal problems arising were thoroughly addressed and discussed by a battery of first-class counsel. The written arguments covered hundreds of pages. Some of the discussion had to be reopened after the Supreme Court of Canada, on January 23, 1992, handed down its long awaited judgment in the case of *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)* [[1992] 1 S.C.R. 3] which was at the heart of all presentations and ought to be the primary governing authority for the disposition of the originating motions.

I see no reason, in these reasons for judgment, to review and discuss at length each and every submission made. After analysis and reflection, I have come to the view that—if I have grasped the facts properly and if my understanding of the legal principles

Le 14 mai 1991, le juge des requêtes a rendu sa décision: les exceptions furent rejetées et le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance accordé. La décision a été immédiatement portée en appel devant cette Cour.

Comme indiqué au début des présents motifs, il y a eu aussi appel incident par le Conseil tribal qui regrettait que le juge des requêtes n'eût pas ajouté aux motifs par lesquels il avait déclaré que l'arrêté DORS/90-729 constituait un excès de pouvoir, l'argument selon lequel ce texte était incompatible avec certains droits que garantit aux peuples autochtones l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il est fort douteux que le contre-appellant puisse recourir à pareille procédure, attendu que le contre-appel doit porter sur la décision elle-même, non pas sur ses motifs (voir la Règle 1203 des Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, mod. par DORS/79-57, art. 20]). En outre, il aurait fallu que dans le cadre des appels principaux, la validité du jugement attaqué fût confirmée au regard de tous les motifs invoqués dans les requêtes introductives d'instance. Quoi qu'il en soit, l'appel incident n'a été à aucun moment poursuivi indépendamment des appels principaux.

L'audition des appels a duré sept jours et demi, cinq jours en décembre 1991 et deux jours et demi en avril 1992, au cours desquels tous les points de droit qui se faisaient jour ont été analysés et débattus en détail par un groupe d'avocats de classe. L'argumentation écrite couvrait des centaines de pages. Certains de ces débats ont dû être repris après que la Cour suprême du Canada eut rendu le 23 janvier 1992 son arrêt, longtemps attendu, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)* [[1992] 1 R.C.S. 3], arrêt qui se trouvait au cœur de tous les arguments et qui devait constituer l'autorité à suivre pour disposer des requêtes introductives d'instance.

Je ne vois aucune raison, dans les présents motifs de jugement, de reprendre et d'analyser en détail chacun des arguments présentés. Après analyse et réflexion, je suis parvenu à la conclusion—si j'ai bien saisi les faits et les principes juridiques en cause, en

involved, particularly the teachings of the Supreme Court in the *Oldman River* case, is correct—these appeals can be disposed of on the basis of arguments less complex and involved than the extended and knowledgeable presentation of counsel would make one believe. I intend to carefully limit myself to stating my conclusions and explaining clearly, but as briefly as possible, the approach and legal reasoning that support them.

The appellants place their several grounds of attack against the Motions Judge's decision under three general allegations. First, they say that the Motions Judge erred in refusing to strike out paragraph 5 of the originating motions. Second, they contend that, in deciding to immediately consider the originating motions, the Motions Judge denied them a full and fair hearing. Third, they submit that, in any event, the relief sought in the originating motions could not be granted. While each allegation may lead to the granting of the appeal, obviously each of them do not have the same scope and, thus, cannot lead to the same final disposition. Each must be analysed separately but, in view of my conclusion on the third one, I will deal with the first two quickly.

I

Paragraph 5 of each of the originating motions sought an order quashing SOR/90-729. In the application of the Tribal Council, it reads as follows:

(5) To the extent necessary, an order in the nature of certiorari quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order, S.O.R./90-729, on the grounds that it is ultra vires Section 6 of the Department of the Environment Act; or it was made in bad faith because it breached fiduciary duties the Respondents owed to the Applicants, to comply with S.O.R./84-467 before taking decisions or actions which might adversely affect Applicants' rights or interests; or it is inconsistent with the recognition and affirmation of the Applicants' existing aboriginal rights in Section 35 of the Constitution Act, 1982.

particulier les conclusions de la Cour suprême dans *Oldman River*—que ces appels peuvent être tranchés à la lumière d'arguments moins complexes et moins élaborés que ne le ferait croire l'argumentation extensive et compétente des avocats en présence. Je me limiterai strictement à donner mes conclusions et à expliquer clairement, mais aussi brièvement que possible, la méthodologie et le raisonnement juridique que j'ai suivis pour y parvenir.

Les nombreux motifs invoqués par les appelants contre la décision du juge des requêtes se regroupent sous trois principales allégations. En premier lieu, les appelants soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur en refusant de radier le paragraphe 5 des requêtes introductives d'instance. En deuxième lieu, qu'en décidant d'instruire immédiatement ces requêtes, il les a privés d'une audition pleine et équitable. En troisième lieu, qu'en tout cas le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance ne pouvait être accordé. Bien que chacune de ces allégations puisse aboutir à l'accueil de l'appel, il est manifeste qu'elles n'ont pas la même portée et, par conséquent, ne peuvent aboutir au même jugement. Chaque allégation doit être examinée séparément et, étant donné la conclusion que je tire au sujet de la troisième allégation, je vais passer brièvement en revue les deux premières.

I

Le paragraphe 5 de chacune des requêtes introductives d'instance conclut à ordonnance portant annulation de l'arrêté DORS/90-729. Voici ce qu'il porte dans la requête du Conseil tribal:

[TRADUCTION] (5) Dans la mesure où elle est nécessaire, ordonnance de certiorari portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729, par ce motif qu'il excède la compétence prévue à l'article 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement; ou qu'il a été pris de mauvaise foi en ce qu'il portait atteinte aux obligations fiduciaires que les intimés devaient aux requérants, savoir le devoir de se conformer au décret DORS/84-467 avant de prendre des décisions ou des mesures qui pourraient porter atteinte aux droits ou intérêts des requérants; ou qu'il va à l'encontre de la reconnaissance et de l'affirmation des droits autochtones existants des requérants, que garantit l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

In the application of the Save the Bulkley Society, the same relief was sought but set out differently:

(5) An order in the nature of *certiorari* quashing and setting aside the Kemano Completion Project Guidelines Order, SOR/90-729 for breach of the duty of fairness. ^a

The appellants contend that an order of the Governor in Council could be the subject of a judicial attack only in a proceeding directed against the Attorney General; that such an order passed in the exercise of a legislative function is not reviewable by *certiorari*; and that, in any event, the relief sought, which is really a declaration, is only available in proceedings commenced by way of action. ^b

I think that each of these three procedural objections has validity. There is no doubt that the Ministers against whom the proceedings are directed do not and cannot act as the legal representatives of the Governor in Council. The Deputy Attorney General appeared and acted for the respondent Ministers, as it was his legal responsibility to do, but he was not there on behalf of the Attorney General of Canada and even less so on behalf of the Cabinet and the Governor in Council. It is clear to me also that, however broad its scope may have become, *certiorari* is a common law remedy which was developed and still exists to review administrative determinations or decisions, not legislative prescriptions. And above all, it is well established that the summary procedure of originating motion can only be used to seek a prerogative writ, not a declaratory remedy. ^c

The respondents' reply that what is really challenged is the recommendation of the Minister of the Environment which resulted in the adoption of the order in council rather than the Order itself is, in my view, of no avail. The recommendation of the Minister has no force of law in itself and cannot be isolated and challenged independently of the order in council which is the only legal instrument to which effect can be given. Likewise, it is no answer to say that the objections are not substantive, as if we were dealing ^d

La requête de la Save the Bulkley Society conclut au même redressement, mais sous une formulation différente:

[TRADUCTION] (5) Ordonnance de *certiorari* portant annulation de l'Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, DORS/90-729, pour violation de l'obligation d'équité.

Les appelants soutiennent qu'un arrêté du gouverneur en conseil ne pourrait être attaqué en justice que par procédure engagée contre le procureur général; qu'un arrêté de cet ordre, pris dans l'exercice d'une fonction législative, ne peut faire l'objet d'un recours en *certiorari*; et qu'en tout cas, le redressement recherché, qui est en fait un jugement déclaratoire, n'est possible qu'en cas d'instance engagée par voie d'action. ^e

Je pense que ces trois objections d'ordre procédural sont toutes fondées. Il est hors de doute que les ministres en cause n'agissent pas et ne peuvent pas agir en qualité de représentants en justice du gouverneur en conseil. Le sous-procureur général a comparu au nom des ministres intimés, conformément à ses responsabilités légales en la matière, mais non pas en qualité de représentant du procureur général du Canada et encore moins du Cabinet ou du gouverneur en conseil. Il est aussi hors de doute que, aussi étendu qu'il ait pu devenir, le bref de *certiorari* est un recours de common law qui a été conçu et qui existe toujours pour le contrôle des conclusions ou décisions administratives, non pas des prescriptions législatives. Et surtout, selon la règle établie de longue date, la procédure sommaire de la requête introductive d'instance ne peut servir qu'en vue d'un bref de prérogative, et non pas d'un redressement par voie de jugement déclaratoire. ^f

La réponse des intimés selon laquelle ce qu'ils contestent en fait, c'est la recommandation du ministre de l'Environnement qui a abouti à l'adoption de l'arrêté, et non pas cet arrêté lui-même, ne leur est, à mon avis, d'aucun secours. La recommandation du ministre n'a pas en soi force de loi et ne saurait être isolée et contestée indépendamment de l'arrêté, qui est le seul instrument légal auquel on puisse donner effet. De même, il ne servirait à rien de répliquer que les objections ne portent pas sur le fond, comme s'il ^g

with a usual motion to quash directed against a statement of claim and based on the contention that the allegations made reveal no reasonable cause of action. The objections are indeed of a procedural nature, but it would be a mistake to look at them as being merely technical as some basic requirements of the proper administration of justice are directly involved. The importance and possible consequences of a challenge to the validity of an order in council are too great to permit it to be done via a short-circuited route and without all the normal procedural safeguards. And finally, it is specious to argue that no formal declaration was sought or made. The order in council was being challenged on the basis that it was *ultra vires*, enacted in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution; a court order giving effect to any such challenge is certainly declaratory in nature.

In my judgment, therefore, the objections raised by the appellants as to the availability of the relief sought in paragraph 5 of the amended originating motions are all valid. Does it follow that the Motions Judge had no choice but to strike out in both applications the impugned paragraph? I do not think so. The usual motion to strike made pursuant to Rule 419 of the Rules of the Court and directed against an action will normally lead to the dismissal of the proceeding. But, as pointed out before, the preliminary motions here were only analogous to Rule 419 motions; they were not based on the proposition that the respondents herein had obviously no right to obtain the relief they were seeking, but merely that they had resorted to an inappropriate procedure. If it was possible to correct the situation by ordering that certain measures be taken, and no doubt that was the case, the striking out of the impugned paragraph would not only be unnecessary but could amount to a wrong remedy. What remains undeniable, however, is that the appellants are entitled to say that the Motions Judge could not, on the sole basis of the procedure before him, grant, as he did, the relief sought in paragraph 5 of the two originating motions.

s'agissait en l'espèce d'une requête ordinaire en radiation d'une déclaration par ce motif que les allégations y contenues ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. Les objections soulevées en l'espèce sont en effet d'ordre procédural, mais ce serait une erreur que de n'y voir qu'un simple argument de procédure, puisque certains impératifs de l'administration de la justice sont directement en jeu. L'importance et les conséquences possibles de la contestation de la validité d'un arrêté sont trop grandes pour que la Cour puisse l'entendre par procédure sommaire, sans les protections procédurales normales. Enfin, il est spécieux de soutenir qu'aucun jugement déclaratoire formel n'a été recherché ni rendu. L'arrêté était contesté par ce motif qu'il constituait un excès de pouvoir, qu'il a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution; une ordonnance judiciaire faisant droit à pareille attaque est certainement déclaratoire de par sa nature.

À mon avis donc, les objections soulevées par les appelants quant à l'admissibilité au redressement recherché au paragraphe 5 des requêtes introductives d'instance sont toutes fondées. S'ensuit-il que le juge des requêtes n'avait d'autre choix que de radier le paragraphe attaqué des deux requêtes? Je ne le pense pas. La requête en radiation habituelle, introduite sous le régime de la Règle 419 des Règles de la Cour et qui porte sur une action, aboutira normalement au rejet de cette action. Mais, comme indiqué plus haut, les exceptions formées en l'espèce ne ressemblaient qu'en apparence aux requêtes fondées sur la Règle 419; elles ne faisaient pas valoir que les intimés n'avaient manifestement pas droit au redressement qu'ils recherchaient, mais seulement qu'ils ont engagé la mauvaise procédure. S'il était possible de rectifier la situation en ordonnant que certaines mesures soient prises—et nul doute que c'était le cas en l'espèce—la radiation du paragraphe attaqué non seulement serait inutile, mais pourrait constituer une mauvaise mesure de réparation. Ce qui demeure cependant indéniable, c'est que les appelants sont fondés à faire valoir que le juge des requêtes ne pouvait pas, dans le cadre de la procédure dont il était saisi, accorder, comme il l'a fait, le redressement recherché au paragraphe 5 des deux requêtes introductives d'instance.

II

The appellants, as I said, do not leave it at that. They submit that the Motions Judge could not grant, as he did, any of the relief sought in the originating motions without breaching the most basic principle of natural justice. They refer to the transcript of the proceedings to show that the hearing was devoted exclusively to the preliminary motions to strike, following a determination that the originating motions themselves would be referred to the Associate Chief Justice for scheduling, a referral which would have allowed them to file material and to cross-examine on the affidavits relied on by the respondents herein. They did not address the issues raised by the originating motions, they say, and they were given no opportunity to do so. What apparently happened is that, following the completion of the hearing and during the course of his deliberations, the learned Motions Judge came to the conclusion that he could deal with the substantive issues, despite not having heard from counsel in respect thereto, since all the material necessary to establish the factual background supporting the originating motions was already on file and to do so immediately would preclude further expensive and lengthy proceedings.

Counsel for the respondents do not deny that the issues raised by the originating motions were not squarely addressed at the oral hearing. They contend, however: first, that Alcan had dealt with these issues in their written submission filed prior to the hearing and that the federal Ministers had only themselves to blame if they had failed to do so contrary to the requirements of Rule 321.1 [as enacted by SOR/88-221, s. 7; SOR/90-846, s. 8; SOR/92-43, s. 4]; second, that the issues were almost entirely ones of law requiring little reference to factual material; and third, that the Motions Judge had the jurisdiction and the discretion to make immediate decisions and, in the context of the case as a whole, he had valid grounds to so exercise his discretion.

II

Comme noté plus haut, les appelants ne s'en sont pas tenus là. Ils soutiennent que le juge des requêtes ne pouvait accorder, comme il l'a fait, le redressement recherché dans les requêtes introductives d'instance, sans violer le principe le plus fondamental de justice naturelle. Ils citent la transcription des débats pour montrer que l'audition était exclusivement consacrée à l'instruction des exceptions, à la suite de la décision que les requêtes introductives d'instance seraient soumises au juge en chef adjoint pour fixation de la date d'audition, alors que ce renvoi aurait dû leur permettre de déposer des documents et de procéder aux contre-interrogatoires au sujet des affidavits sur lesquels s'appuyaient les intimés en l'espèce. Ils n'ont pas répondu aux points soulevés dans les requêtes introductives d'instance, disent-ils, et n'ont pas pu le faire. Ce qui s'est manifestement produit, c'est qu'à l'issue de l'audition et durant la mise en délibéré, le juge des requêtes est parvenu à la conclusion qu'il pouvait examiner les questions de fond bien que n'ayant pas entendu l'argumentation des avocats en la matière, puisque tous les documents nécessaires pour établir les faits invoqués à l'appui de ces requêtes se trouvaient déjà dans le dossier, et que ce jugement immédiat permettrait d'éviter une longue procédure coûteuse.

Les avocats des intimés ne nient pas que les points soulevés dans les requêtes introductives d'instance n'étaient pas directement débattus lors de l'audition orale. Ils répliquent cependant: en premier lieu, que Alcan avait présenté ses conclusions en la matière dans son mémoire déposé avant l'audition et que les ministres fédéraux ne pouvaient s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ne l'avaient pas fait, au mépris de la Règle 321.1 [éditée par DORS/88-221, art. 7; DORS/90-846, art. 8; DORS/92-43, art. 4]; en deuxième lieu, qu'il s'agissait presque entièrement de points de droit qui ne nécessitaient guère la référence aux faits matériels; et en troisième lieu, que le juge des requêtes avait la compétence et les pouvoirs discrétionnaires pour rendre des décisions sur-le-champ et, vu les faits de la cause pris dans leur ensemble, il avait des motifs valides pour exercer ses pouvoirs discrétionnaires de cette façon.

With respect, I disagree with counsel for the respondents. It seems clear to me, in reviewing the transcript, that the procedures adopted below may have had the effect of depriving the appellants of a complete and fair hearing. The *audi alteram partem* rule is, of course, too fundamental to be tampered with for the sake of saving time and money. The appellants are right when they say that the Motions Judge was not entitled to grant the orders sought in the originating motions before they had been afforded a full opportunity to present their case.

This natural justice argument acquired even further substance in the course of the appeal hearing. In their amended notices of motion, the respondents had listed among the several ministerial decisions for which they were seeking *certiorari* a certain Approval dated February 19, 1990 granted to Alcan pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*. During the hearing in the court below, counsel for the respondents had agreed to delete that Approval from the list; they had been led to believe that the document was not relevant to the KCP by statements contained in an affidavit filed by Alcan. The formal Trial Division decision still refers to this particular Approval (probably because the written motions had not been formally amended), but it was common ground that the issue was not before the Motions Judge who, in fact, does not refer to it anywhere in his reasons. In the course of the appeal hearing, however, it was realized that there had been some misunderstanding by all concerned since, in fact, the particular Approval was actually linked to the KCP and counsel for the respondents asked the Court for leave to withdraw their agreement not to attack it so as to revive the issue. Counsel for Alcan were prepared not to oppose the withdrawal, but they advised that they intended to adduce evidence to show the circumstances in which the Approval was issued with a view to arguing alternatively, if necessary, that its issuance was borne of an abundance of caution; it was not necessary for the completion of the project.

Sauf le respect que je leur dois, je ne saurais partager l'avis des avocats des intimés. Il ressort de la transcription des débats que la procédure adoptée en première instance a pu avoir pour effet de priver les appelants d'une audition pleine et équitable. La règle «*audi alteram partem*» est certainement trop fondamentale pour qu'on puisse y déroger afin de gagner du temps et d'économiser de l'argent. Les appelants ont eu raison de soutenir que le juge des requêtes n'était pas en droit de rendre les ordonnances auxquelles concluaient les requêtes introductives d'instance avant qu'ils pussent faire pleinement valoir leurs arguments.

L'argument de justice naturelle est apparu encore plus concluant au fil de l'audition de l'appel. Dans leurs avis de requête modifiés, les intimés avaient inclus dans les différentes décisions ministérielles contre lesquelles ils concluaient à ordonnance de *certiorari*, une approbation donnée le 19 février 1990 à Alcan sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Au cours de l'audition en première instance, les avocats des intimés avaient accepté de rayer cette approbation de la liste; les assertions contenues dans un affidavit déposé par Alcan les avaient portés à conclure que ce document n'avait aucun rapport avec les travaux KCP. Le dispositif de la décision de la Section de première instance fait toujours mention de cette approbation (probablement parce que les requêtes écrites n'avaient pas été officiellement modifiées), mais il était entendu que la question n'était pas soumise au juge des requêtes qui, en fait, n'en parle pas du tout dans ses motifs de décision. Au cours de l'audition d'appel cependant, il est apparu qu'il y avait eu un certain malentendu de la part de tous les intéressés puisque, en fait, cette approbation avait réellement un rapport avec les travaux KCP; les avocats des intimés ont demandé à la Cour la permission de retirer l'acceptation qu'ils avaient donnée de ne pas attaquer ce document et ce, afin d'en faire de nouveau un motif de contestation. Les avocats d'Alcan étaient disposés à ne pas s'opposer au retrait, mais faisaient savoir qu'ils se proposaient d'administrer des preuves établissant les circonstances dans lesquelles cette approbation a été accordée, afin de soutenir à titre subsidiaire, au besoin, que cette mesure avait été prise à titre de surcroît de précaution et qu'elle n'était pas nécessaire à l'achèvement du projet.

In light of these flaws, there is no doubt in my mind that this Court could not uphold the conclusions of the learned Motions Judge without depriving the appellants of their right to place before the Court all their means of defence.

III

The appellants go even further. They submit that, in any event, on the face of the record as it stands, however unsatisfactory and incomplete it is, even adding the issue with respect to the February 19, 1990 Approval, the only conclusion the Motions Judge could reach was that the EARP Guidelines did not apply to any of the impugned ministerial actions identified in the applications as having been made in relation to the Kemano Completion Project, so that the remedies sought in the originating motions could not be granted. In my judgment, this final and decisive submission is also correct.

Indeed, as I see it: (a) none of the impugned ministerial actions which are said to have triggered the application of the EARP Guidelines to the KCP constituted decisions capable of bringing the KCP within the purview of the Guidelines; and (b) if there was any doubt to that effect, order in council SOR/90-729 would have definitely settled the matter.

(a) The actions were not decisions within the meaning of the Guidelines.

Section 6 of the EARP Guidelines provides that the requirements set out therein apply only to “proposals”, a term which, pursuant to section 2, means “any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision-making responsibility”. The Supreme Court of Canada, in its recent judgment in the *Oldman River* case, was called upon to determine, for the first time, the scope of application of the Guidelines by commenting on that definition of the term “proposal” given by section 2. In writing the reasons for a unanimous Court (Mr. Justice Stevenson dissented on other issues), Mr. Justice La Forest, after having rejected a suggestion that

Vu ces vices, il est hors de doute que la Cour ne saurait confirmer les conclusions du juge des requêtes, sans priver les appelants de leur droit de soumettre à la Cour tous leurs moyens de défense.

III

Les appelants poussent encore plus loin leur argumentation. Ils soutiennent que de toute façon, à la lumière du dossier tel qu’il est en cet état de la cause, aussi incomplet et peu satisfaisant qu’il soit, et même s’il s’y ajoute la question de l’approbation du 19 février 1990, la seule conclusion que le juge des requêtes eût pu tirer était que le Décret sur les lignes directrices ne s’appliquait à aucune des décisions ministérielles relevées par les requêtes comme ayant été prises à l’égard des travaux d’achèvement du projet Kemano, et que par conséquent, il n’aurait pu accorder les redressements auxquels concluaient les requêtes introductives d’instance. Je conclus que cet argument final et décisif est aussi fondé.

En effet, je conclus: a) qu’aucune des mesures ministérielles attaquées comme ayant déclenché l’application du Décret sur les lignes directrices aux travaux KCP n’était une décision de nature à faire tomber ces derniers dans le champ d’application du Décret; et b) que s’il y avait un doute quelconque à ce sujet, l’arrêté DORS/90-729 aurait réglé la question une fois pour toutes.

a) Les mesures ministérielles en cause n’étaient pas des décisions au sens du Décret sur les lignes directrices.

L’article 6 du Décret sur les lignes directrices prévoit que celles-ci ne s’appliquent qu’aux «propositions», lesquelles, aux termes de l’article 2, s’entendent de «toute entreprise ou activité à l’égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». Dans son récent arrêt *Oldman River*, la Cour suprême du Canada a été appelée à délimiter, pour la première fois, le champ d’application du Décret sur les lignes directrices en interprétant la définition que donne l’article 2 du terme «proposition». Prononçant les motifs de la décision unanime de la Cour (sauf avis dissident du juge Stevenson sur d’autres questions), le juge La Forest,

the Guidelines could be applicable only to projects where the federal government would be the prominent or sole decision-making authority, wrote as follows, at pages 47-50:

That is not to say that the *Guidelines Order* is engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. There must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". (Emphasis added.) In my view the proper construction to be placed on the term "responsibility" is that the federal government, having entered the field in a subject matter assigned to it under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, must have an affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament which relates to the proposed initiative, undertaking or activity. It cannot have been intended that the *Guidelines Order* would be invoked every time there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. Therefore, "responsibility" within the definition of "proposal" should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Rather, it is meant to signify a legal duty or obligation. Once such duty exists, it is a matter of identifying the "initiating department" assigned responsibility for its performance, for it then becomes the decision-making authority for the proposal and thus responsible for initiating the process under the *Guidelines Order*.

That there must be an affirmative regulatory duty for a "decision making responsibility" to exist is evident from other provisions found in the *Guidelines Order* which suggest that the initiating department must have some degree of regulatory power over the project. For example s. 12 provides:

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

Again, s. 14 reads:

14. Where, in any case, the initiating department determines that mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant, the initiating department shall ensure that such measures are implemented.

Those provisions amplify the regulatory authority with which the Government of Canada must have clothed itself under an Act of Parliament before it will have the requisite decision-making responsibility.

après avoir rejeté l'argument que le Décret sur les lignes directrices ne pouvait s'appliquer qu'aux projets à l'égard desquels le gouvernement fédéral était la principale ou l'unique autorité décisionnelle, s'est prononcé en ces termes, aux pages 47 à 50:

Je ne veux pas dire pour autant que le *Décret sur les lignes directrices* reçoit application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit tout d'abord s'agir d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». (Je souligne.) À mon avis, l'interprétation qu'il faut donner à l'expression «participe à la prise de décisions» est que le gouvernement fédéral, se trouvant dans un domaine relevant de sa compétence en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit avoir une obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale relativement à l'entreprise ou l'activité proposée. On n'a pas pu vouloir que le *Décret sur les lignes directrices* soit invoqué chaque fois qu'il existe certaines possibilités de répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, l'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. Cette expression signifie plutôt une obligation légale. Si cette obligation existe, il s'agit alors de déterminer qui est le «ministère responsable» en la matière, puisque c'est ce ministère qui exerce le pouvoir de décision à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le *Décret sur les lignes directrices*.

La nécessité d'une obligation positive de réglementation pour que le gouvernement du Canada «participe à la prise de décisions» ressort d'autres dispositions du *Décret sur les lignes directrices*, qui laissent entendre que le ministère responsable doit détenir un certain pouvoir de réglementation sur le projet. Par exemple, l'art. 12 dispose que:

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

L'article 14:

14. Le ministère responsable voit à la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation, s'il est d'avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur.

Ces dispositions amplifient le pouvoir de réglementation que doit avoir le gouvernement du Canada en vertu d'une loi fédérale avant de pouvoir participer à la prise de décisions.

Applying that interpretation to the present case, it will be seen that the Oldman River Dam project qualifies as a proposal for which the Minister of Transport alone is the initiating department. In my view the *Navigable Waters Protection Act* does place an affirmative regulatory duty on the Minister of Transport. Under that Act there is a legislatively entrenched regulatory scheme in place in which the approval of the Minister is required before any work that substantially interferes with navigation may be placed in, upon, over or under, through or across any navigable water. Section 5 gives the Minister the power to impose such terms and conditions as he deems fit on any approval granted, and if those terms are not complied with the Minister may order the owner to remove or alter the work. For these reasons I would hold that this is a "proposal" for which the Minister of Transport is an "initiating department".

There is, however, no equivalent regulatory scheme under the *Fisheries Act* which is applicable to this project. Section 35 prohibits the carrying on of any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat, and s. 40 lends its weight to that prohibition by penal sanction. The Minister of Fisheries and Oceans is given a discretion under s. 37(1) to request information from any person who carries on or proposes to carry on any work or undertaking that will or may result in the alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, the purpose of making such a request is not to further a regulatory procedure, but is merely to assist the Minister in exercising an *ad hoc* delegated legislative power granted under s. 37(2) to allow an exemption from the general prohibition. That provision reads:

37. . . .

(2) If, after reviewing any material or information provided under subsection (1) and affording the persons who provided it a reasonable opportunity to make representations, the Minister or a person designated by the Minister is of the opinion that an offence under subsection 40(1) or (2) is being or is likely to be committed, the Minister or a person designated by the Minister may, by order, subject to regulations made pursuant to paragraph (3)(b), or, if there are no such regulations in force, with the approval of the Governor in Council,

(a) require such modifications or additions to the work or undertaking or such modifications to any plans, specifications, procedures or schedules relating thereto as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances, or

(b) restrict the operation of the work or undertaking,

and, with the approval of the Governor in Council in any case, direct the closing of the work or undertaking for such period as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances. [Emphasis added.]

In my view a discretionary power to request or not to request information to assist a Minister in the exercise of a leg-

Si on applique cette interprétation à l'espèce, on se rendra compte que le projet de barrage sur la rivière Oldman peut être qualifié de proposition dont le ministre des Transports seul est le ministère responsable. À mon avis, la *Loi sur la protection des eaux navigables* impose une obligation positive de réglementation au ministre des Transports. Cette loi a mis en place un mécanisme de réglementation qui prévoit qu'il est nécessaire d'obtenir l'approbation du ministre avant qu'un ouvrage qui gêne sérieusement la navigation puisse être placé dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux. L'article 5 accorde au ministre le pouvoir de fixer les modalités qu'il juge à propos lorsqu'il approuve un ouvrage; si le propriétaire ne se conforme pas aux modalités, le ministre peut lui ordonner d'enlever l'ouvrage ou de le modifier. Pour ces motifs, je conclurais qu'il s'agit ici d'une «proposition» dont le ministre des Transports est un «ministère responsable».

La *Loi sur les pêches* ne renferme cependant pas de disposition de réglementation équivalente qui serait applicable au projet. L'article 35 interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson, et l'art. 40 assortit cette interdiction d'une sanction pénale. En vertu du par. 37(1), le ministre des Pêches et des Océans peut demander des renseignements à quiconque exploite ou se propose d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson. Toutefois, cette demande n'a pas pour objet la mise en œuvre d'une procédure de réglementation; elle aide simplement le ministre à exercer le pouvoir législatif spécial, qui lui a été délégué en vertu du par. 37(2), d'autoriser une exception à l'interdiction générale. En voici le libellé:

37. . . .

(2) Si, après examen des documents et des renseignements reçus et après avoir accordé aux personnes qui les lui ont fournis la possibilité de lui présenter leurs observations, il est d'avis qu'il y a infraction ou risque d'infraction au paragraphe 35(1) ou à l'article 36, le ministre ou son délégué peut, par arrêté et sous réserve des règlements d'application de l'alinéa (3)b) ou, à défaut, avec l'approbation du gouverneur en conseil:

a) soit exiger que soient apportées les modifications et adjonctions aux ouvrages ou entreprises, ou aux documents s'y rapportant, qu'il estime nécessaires dans les circonstances;

b) soit restreindre l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise.

Il peut en outre [*sic*], avec l'approbation du gouverneur en conseil dans tous les cas, ordonner la fermeture de l'ouvrage ou de l'entreprise pour la période qu'il juge nécessaire en l'occurrence. [Je souligne.]

À mon avis, le fait que le ministre possède le pouvoir discrétionnaire de demander des renseignements visant à l'aider dans

islative function does not constitute a decision-making responsibility within the meaning of the *Guidelines Order*. Whereas the Minister of Transport is responsible under the terms of the *Navigable Waters Protection Act* in his capacity as regulator, the Minister of Fisheries and Oceans under s. 37 of the *Fisheries Act* has been given a limited *ad hoc* legislative power which does not constitute an affirmative regulatory duty. For that reason, I do not think the application for mandamus to compel the Minister to act is well founded.

The key words in these passages are “affirmative regulatory duty” which appears to be used in contrast to the expression “*ad hoc* delegated legislative power”. Their exact meaning in the context in which they are used is not perfectly clear and counsel obviously were in complete disagreement as to their scope and content when came the time to apply them to the facts and legislation of the present case. Counsel for the appellants would have assigned to them quite a limited reach, arguing, for instance, that in the case of an “*ad hoc* delegated legislative power”, such as the one conferred on the Minister of Fisheries and Oceans by subsection 37(2) of the *Fisheries Act*, the EARP Guidelines would never be triggered. Counsel for the respondents, on the contrary, favoured an extended interpretation, seeking support in the strong words used by La Forest J. at the outset of his reasons in stressing the importance that the protection of the environment had acquired in today’s society.

My understanding of the judgment differs somewhat from that of counsel. I do not think that La Forest J. ever had in mind, in discussing the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans to request information under section 37, the actual exercise of the powers he has under subsection 37(2) to impose modifications, additions or restrictions to a proposed work or undertaking. Nor do I think that the importance assigned today to the protection of the environment could have any bearing on whether an EARP review is triggered or not. The protection of the environment, in our country, is the responsibility of all levels of government, and the challenge it has become, to use the words of La Forest J., must be presumed to have been assumed by all levels of government with regard to their respective legislative authority; so it is not, in itself, the issue here. The significance of environmental protection cannot help

l’exercice d’une fonction législative ne signifie pas qu’il participe à la prise de décisions au sens du *Décret sur les lignes directrices*. Alors que le ministre des Transports a une responsabilité en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* à titre d’autorité réglementante, le ministre des Pêches et des Océans a, en vertu de l’art. 37 de la *Loi sur les pêches*, un pouvoir législatif spécial limité qui ne constitue pas une obligation positive de réglementation. Pour ce motif, je ne crois pas que la demande de bref de *mandamus* visant à forcer le ministre à agir soit bien fondée.

Les mots clés dans les passages cités ci-dessus sont «obligation positive de réglementation», lesquels sont manifestement employés par opposition à «pouvoir législatif spécial». Leur signification exacte dans le contexte dans lequel ils sont employés n’est pas parfaitement claire et les avocats en présence étaient en désaccord total quant à leur portée et à leur contenu lorsqu’il s’agissait de les appliquer aux faits et aux dispositions législatives en cause. Les avocats des appelants n’y voient qu’une portée très limitée, faisant valoir par exemple qu’en cas de «pouvoir législatif spécial», tel celui que le ministre des Pêches et des Océans tient du paragraphe 37(2) de la *Loi sur les pêches*, le *Décret sur les lignes directrices* n’entrerait jamais en jeu. De leur côté, les avocats des intimés préconisent une large interprétation, en s’appuyant sur les propos catégoriques tenus par le juge La Forest à l’ouverture de ses motifs de jugement pour souligner l’importance qu’a prise la protection de l’environnement dans la société contemporaine.

Je n’interprète pas ce jugement tout à fait de la même façon que les avocats. Je ne pense pas que le juge La Forest ait jamais vu dans le pouvoir discrétionnaire du ministre des Pêches et des Océans de demander des renseignements conformément à l’article 37, l’exercice effectif des pouvoirs qu’il tient du paragraphe 37(2) pour imposer des modifications, adjonctions ou restrictions à l’ouvrage ou à l’entreprise. Je ne pense pas non plus que l’importance attachée de nos jours à la protection de l’environnement ait quelque effet que ce soit sur la question de savoir s’il y a déclenchement ou non de l’examen prévu au *Décret sur les lignes directrices*. Dans notre pays, la protection de l’environnement incombe à tous les ordres de gouvernement, et il faut présumer que le défi qu’elle est devenue, pour reprendre les termes employés par le juge La Forest, est relevé par tous les ordres de gouvernement dans le cadre de leur pouvoir

us determine which government is entitled to, and has the duty to, assume responsibility.

The propositions for which the judgment stands, as I read it, are the following. The EARP Guidelines must be given full application in all cases where Parliament has conferred on a federal minister the power and duty to give or refuse permission to carry on a work or to impose terms and conditions under which the work could be carried on, the promoter being precluded from acting without prior ministerial consent. The Guidelines have no application, however, when a minister, who has been conferred the power and duty to intervene in certain conditions, is still in the stage of supervising, controlling and verifying whether those conditions requiring his intervention actually exist. The environmental impact assessment mandated by the Guidelines Order is not meant to satisfy mere academic curiosity but to help a minister in the exercise of a duty to intervene and act positively with respect to the execution or completion of a project.

It is on the basis of these propositions that I have concluded that none of the impugned actions of the Ministers namely: i) the execution of the Settlement Agreement; ii) the decision pursuant to subsection 20(10) of the *Fisheries Act*; iii) the several declarations of exemption pursuant to subsection 5(2) of the *Navigable Waters Protection Act*; and finally iv) the Approval pursuant to subsection 10(2) of the *Navigable Waters Protection Act*, required the previous application of the Guidelines to the Project, because none was the result of a decision made in the exercise of a federal Minister's decision-making responsibility.

(i) The execution of the Settlement Agreement by the Minister of Fisheries and Oceans was not such an action. First, as we have seen, this was an agreement between Alcan, Her Majesty the Queen in right of Canada and Her Majesty the Queen in right of the

législatif respectif; elle n'est donc pas en soi le point litigieux en l'espèce. L'importance de la protection de l'environnement ne saurait nous aider à décider à quel gouvernement appartient et incombe la responsabilité en la matière.

Les principes sur lesquels se fonde le jugement cité ci-dessus sont, à mon avis, les suivants. Le Décret sur les lignes directrices doit s'appliquer sans réserve dans tous les cas où la loi prévoit pour un ministre fédéral le pouvoir et l'obligation de donner ou de refuser la permission de construire un ouvrage, ou d'imposer des conditions sous lesquelles cet ouvrage pourrait être construit, le promoteur n'ayant pas le droit de commencer sans l'autorisation ministérielle préalable. Le Décret sur les lignes directrices ne s'applique cependant pas dans le cas où le ministre, qui a le pouvoir et l'obligation d'intervenir sous certaines conditions, en est encore à surveiller, à contrôler et à vérifier s'il existe vraiment des conditions telles que son intervention est nécessaire. L'évaluation des répercussions sur l'environnement, dont le Décret sur les lignes directrices prévoit l'obligation, ne vise pas à satisfaire une simple curiosité intellectuelle, mais à aider un ministre dans l'exercice d'une attribution, qui consiste à intervenir et à prendre des mesures concrètes à l'égard de la mise en chantier ou de l'achèvement d'un projet.

C'est conformément à ces principes que j'ai conclu qu'aucune des actions attaquées des ministres, savoir: i) la signature de l'entente de règlement; ii) la décision prise en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries*; iii) les différentes déclarations d'exemption faites sous le régime du paragraphe 5(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*; et enfin iv) l'approbation donnée en application du paragraphe 10(2) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, ne nécessitait l'application préalable du Décret sur les lignes directrices au projet, car aucune de ces mesures n'était le résultat d'une décision prise dans l'exercice de la responsabilité décisionnelle d'un ministre fédéral.

(i) La signature de l'entente de règlement par le ministre des Pêches et des Océans n'était pas une décision de cette catégorie. Il s'agissait en premier lieu, comme noté plus haut, d'un accord entre Alcan, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté

Province of British Columbia which was aimed at, *inter alia*, settling litigation between Alcan and the federal Crown. The decision to settle was an executive decision taken by the Government of Canada. The Minister of Fisheries and Oceans simply signed the Agreement on behalf of the Crown. He prepared the decision, of course, and his influence in Cabinet would surely be an important factor given his potential future responsibility, but he did not exercise any independent decision-making authority with respect to it; an order in council, P.C. 1987-2481, approving the Settlement Agreement had to be passed.

Besides, the lawsuit which was being settled by the Agreement had been initiated, as indicated above, as a result of concerns raised by the federal fisheries officials about the level of water released into the Nechako River from the existing facilities and the main issue was the scope of the Minister's statutory and constitutional power to control flows on the Nechako River under the *Fisheries Act*. It was of course inevitable that, in determining the conditions of the settlement, not only the existing facilities but also their projected extension would be taken into account. But, that did not make the decision to enter into the Agreement one taken pursuant to any affirmative regulatory duty established under an Act of Parliament.

It is argued that, by virtue of the provisions of the Settlement Agreement, the Minister of Fisheries and Oceans has assumed some type of regulatory duty in relation to the KCP. That may be the case, but the duty would be new and assumed; it would not be a duty conferred under a federal statute, and the Agreement was obviously not entered into pursuant to any such duty. On the other hand, if the creation of a mechanism for the cooperative management of the fish and water resources of the Nechako River is, no doubt, one of the main aspects of the Agreement, such a mechanism simply provides a means of assisting the Minister in carrying out his general responsibilities in relation to fish. The mechanism does not by itself create an affirmative regulatory duty in the Minister. On the contrary, it is meant to render unnecessary the exercise of his power to intervene

la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et qui avait pour objet, entre autres, de régler à l'amiable le litige entre Alcan et la Couronne fédérale. La décision de règlement relevait du pouvoir exécutif du gouvernement du Canada. Le ministre des Pêches et des Océans n'a fait que signer l'entente au nom de la Couronne. Il a certes préparé la décision et son influence au sein du Cabinet a dû être un facteur important vu ses responsabilités éventuelles en la matière, mais il n'a exercé à cet égard aucun pouvoir décisionnel indépendant; il a fallu prendre un décret, C.P. 1987-2481, pour approuver l'entente de règlement.

Qui plus est, l'action en justice réglée par l'entente avait été intentée, comme indiqué plus haut, par suite des préoccupations des autorités fédérales des pêches au sujet de la quantité d'eau déversée par les installations existantes dans la rivière Nechako, et le principal point litigieux était la portée du pouvoir légal et constitutionnel du ministre de contrôler le débit de la rivière Nechako sous le régime de la *Loi sur les pêches*. Il était donc inévitable que pour se prononcer sur les conditions du règlement, il fallait tenir compte non seulement des installations existantes, mais aussi de l'expansion envisagée. La décision de conclure l'entente n'en devenait pas pour autant une décision prise dans l'exercice d'une obligation positive de réglementation prévue par une loi fédérale.

Les intimés font valoir qu'en vertu des dispositions de l'entente de règlement, le ministre des Pêches et des Océans a assumé une certaine obligation de réglementation à l'égard des travaux KCP. Il se peut qu'il en soit ainsi, mais cette obligation serait nouvelle et assumée; elle ne serait pas une obligation prévue par une loi fédérale, et l'entente n'a manifestement pas été conclue en exécution de pareille obligation. Par ailleurs, si la création d'un mécanisme de gestion coopérative des ressources halieutiques et hydrauliques de la rivière Nechako est indubitablement l'un des principaux éléments de l'entente, ce mécanisme ne représente qu'un moyen d'aider le ministre à remplir ses responsabilités générales en matière de pêcheries. Ce mécanisme ne crée pas en soi une obligation positive de réglementation chez le ministre. Au contraire, il vise à permettre d'éviter

and enforce special terms and conditions that may become warranted.

(ii) Similarly, the signing by the same Minister of Fisheries and Oceans of an opinion-letter pursuant to subsection 20(10) (now subsection 22(3)) of the *Fisheries Act*, was not a decision which could trigger the application of the Guidelines.

Subsection 22(3) provides as follows:

22. . . .

(3) The owner or occupier of any obstruction shall permit the escape into the river-bed below the obstruction of such quantity of water, at all times, as will, in the opinion of the Minister, be sufficient for the safety of fish and for the flooding of the spawning grounds to such depth as will, in the opinion of the Minister, be necessary for the safety of the ova deposited thereon.

This provision does not concern the approval or rejection of a proposal or project. Rather, it contemplates an obstruction already in place. Besides, in expressing his view as to the flows required to provide sufficient water for the safety of fish and the flooding of the spawning grounds, the Minister was not exercising an affirmative regulatory duty, but rather, stating the conditions under which he would not consider it to be his duty to intervene. In other words, the opinion-letter was not an approval but merely a direction as to how the project should proceed to satisfy the obligations imposed on the owner or occupier by the law.

(iii) It is also clear to me that the declarations of exemption issued by the Minister of Transport for certain elements of the KCP that required construction in, or across, navigable waters could not trigger the application of the Guidelines.

The section of the *Navigable Waters Protection Act* which was applicable is the following:

5. (1) No work shall be built or placed in, on, over, under, through or across any navigable water unless

(a) the work and the site and plans thereof have been approved by the Minister, on such terms and conditions as the Minister deems fit, prior to commencement of construction;

l'exercice de son pouvoir d'intervenir et d'imposer les modalités et conditions spéciales que les circonstances pourraient requérir.

(ii) De même, la signature par le même ministre des Pêches et des Océans d'une opinion en application du paragraphe 20(10) de la *Loi sur les pêcheries* (devenu le paragraphe 22(3) de la *Loi sur les pêches*) ne constituait pas une décision qui pourrait déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

Voici ce que prévoit ce paragraphe 22(3):

22. . . .

(3) Le propriétaire ou l'occupant d'un obstacle veille à l'écoulement, dans le lit de la rivière en aval de l'obstacle, de la quantité d'eau qui, de l'avis du ministre, suffit à la sécurité du poisson et à la submersion des frayères à la profondeur nécessaire, selon le ministre, pour assurer la sécurité des oeufs qui y sont déposés.

Cette disposition ne concerne pas l'approbation ou le rejet d'une proposition ou d'un projet. Elle vise au contraire l'obstacle qui est déjà en place. D'ailleurs, en exprimant son avis sur la quantité d'eau nécessaire pour la sécurité du poisson et la submersion des frayères, le ministre ne s'acquittait pas d'une obligation positive de réglementation, mais ne faisait que définir les conditions dans lesquelles il ne se verrait pas dans l'obligation d'intervenir. Autrement dit, l'opinion émise n'était pas une approbation, mais juste une instruction sur la manière dont le projet devait être mis à exécution pour satisfaire aux obligations que la loi imposait au propriétaire ou à l'occupant.

(iii) Il est également clair à mes yeux que les déclarations d'exemption faites par le ministre des Transports à l'égard de certains éléments des travaux KCP qui devaient être construits dans le lit ou en travers d'eaux navigables ne pouvaient déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

L'article applicable de la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le suivant:

5. (1) Il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux à moins que:

a) préalablement au début des travaux, l'ouvrage, ainsi que son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le ministre selon les modalités qu'il juge à propos;

(b) the construction of the work is commenced within six months and completed within three years after the approval referred to in paragraph (a) or within such further period as the Minister may fix; and

(c) the work is built, placed and maintained in accordance with the plans, the regulations and the terms and conditions set out in the approval referred to in paragraph (a).

(2) Except in the case of a bridge, boom, dam or causeway, this section does not apply to any work that, in the opinion of the Minister, does not interfere substantially with navigation.

In providing in subsection 5(2) that, where a project does not interfere substantially with navigation, subsection 5(1) does not apply, Parliament has clearly indicated that the Minister has no regulatory duty or power in relation to works which do not interfere with navigation. This limitation is wholly in keeping with the federal jurisdiction under the Constitution, which only arises when there is an actual or eventual impact on navigation.

The declarations of exemption in question here were all strictly based on an acknowledgement that the works described would not interfere substantially with navigation. As a result, the approval provisions of subsection 5(1) were not applicable. We are strictly concerned here with a finding of fact. The word exemption may be misleading, although there is, in a sense, an exemption from the necessity of approval. In reality, a subsection 5(2) "exemption" is an acknowledgement based on a finding of fact. It may be that the finding of fact behind the acknowledgement was not accurate and could somehow be disputed. But obviously, the mere making of a finding of fact cannot be treated, in this context or in any other, as an exercise of regulatory power.

(iv) The same reasoning applies, it seems to me, to the Approval, dated February 19, 1990, granted by the Minister of Transport pursuant again to the *Navigable Waters Protection Act*, more precisely its subsection 10(2).

Section 10 of the *Navigable Waters Protection Act* reads thus:

b) la construction de l'ouvrage ne soit commencée dans les six mois et terminée dans les trois ans qui suivent l'approbation visée à l'alinéa a) ou dans le délai supplémentaire que peut fixer le ministre;

c) la construction, l'emplacement ou l'entretien de l'ouvrage ne soit conforme aux plans, aux règlements et aux modalités que renferme l'approbation visée à l'alinéa a).

(2) Sauf dans le cas d'un pont, d'une estacade, d'un barrage ou d'une chaussée, le présent article ne s'applique pas à un ouvrage qui, de l'avis du ministre, ne gêne pas sérieusement la navigation.

En prévoyant au paragraphe 5(2) que le paragraphe 5(1) ne s'applique pas aux ouvrages qui ne gênent pas sérieusement la navigation, le législateur a clairement indiqué que le ministre n'a ni obligation ni pouvoir de réglementation à l'égard des ouvrages de cette catégorie. Cette limitation est parfaitement conforme à la compétence réservée par la Constitution à l'autorité fédérale, laquelle compétence ne se fait jour qu'en cas d'obstacle réel ou éventuel à la navigation.

Les déclarations d'exemption en cause étaient toutes strictement fondées sur la constatation que les ouvrages visés ne gênaient pas sérieusement la navigation. Par suite, les dispositions du paragraphe 5(1) en matière d'approbation n'étaient pas applicables. Il s'agit strictement en l'espèce d'une conclusion sur les faits. Le mot exemption peut induire en erreur, bien qu'il y ait dans un certain sens exemption de la nécessité de l'approbation. En réalité, l'«exemption» en vertu du paragraphe 5(2) est une constatation fondée sur une conclusion sur les faits. Il se peut que la conclusion sur les faits servant de fondement à la constatation soit erronée et susceptible d'être contestée d'une façon ou d'une autre. Il est cependant hors de doute qu'une conclusion sur les faits, dans ce contexte ou dans tout autre contexte, ne saurait être considérée comme une décision rendue dans l'exercice du pouvoir réglementaire.

(iv) Le même raisonnement s'applique, à mon avis, à l'approbation donnée le 19 février 1990 par le ministre des Transports toujours en application de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, plus précisément de son paragraphe 10(2).

L'article 10 de la *Loi sur la protection des eaux navigables* porte ce qui suit:

10. (1) Any lawful work may be rebuilt or repaired if, in the opinion of the Minister, interference with navigation is not increased by the rebuilding or repairing.

(2) Any lawful work may be altered if

(a) plans of the proposed alteration are deposited with and approved by the Minister; and

(b) in the opinion of the Minister, interference with navigation is not increased by the alteration.

(3) For the purposes of sections 5, 6 and 12, a reference to the plans of a work shall be construed as including the plans of the alteration thereof referred to in subsection (2).

(4) Where, in the opinion of the Minister, an existing lawful work has become a danger to or an interference with navigation by reason of the passage of time and changing conditions in navigation of the navigable waters concerned, any rebuilding, repair or alteration of the work shall be treated in the same manner as a new work.

In my view, an approval under subsection (2) is of the same type as a subsection 5(2) exemption. It is true that, on the face of the enactment, the Minister has to make a decision of approval; but one should not be misled by the legislative technique. The decision under subsection 10(2) amounts to an acknowledgement that the alteration will not, as a fact, interfere substantially with navigation, with the result that the Minister will not have to exercise his power to intervene.

Thus, in my judgment, none of the impugned actions of the Minister could have drawn the application of the Guidelines to the Project.

(b) SOR/90-729: The Exemption Order

In any event, even if my analysis above is faulty, the "Exemption Order" would have settled the matter. SOR/90-729 expressly provides that the EARP Guidelines do not apply to the Kemano Project. It reads as follows:

P.C. 1990-2252 12 October, 1990

His Excellency the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of the Environment, pursuant to section 6 of the Department of the Environment Act, is pleased hereby to approve the annexed Order establishing the Kemano Completion Project Guidelines, made by the Minister of the Environment on October 4, 1990.

10. (1) Un ouvrage légalement construit peut être reconstruit ou réparé si, de l'avis du ministre, la reconstruction ou réparation ne gêne pas la navigation davantage.

(2) Un ouvrage légalement construit peut être modifié si les conditions suivantes sont respectées:

a) les plans de la modification projetée sont déposés au bureau du ministre et approuvés par ce dernier;

b) de l'avis du ministre, la modification ne gêne pas la navigation davantage.

(3) Pour l'application des articles 5, 6 et 12, les plans de l'ouvrage s'entendent également des plans de la modification.

(4) La reconstruction, réparation ou modification d'un ouvrage existant et légalement construit qui, de l'avis du ministre, est devenu un danger ou un obstacle pour la navigation en raison du temps écoulé et de l'évolution des conditions de la navigation dans les eaux navigables en cause est considérée comme un nouvel ouvrage.

À mon avis, l'approbation donnée en application du paragraphe (2) ci-dessus est du même type que l'exemption prévue au paragraphe 5(2). Il est vrai que si l'on s'en tient à la lettre du texte, le ministre doit décider l'approbation, mais il ne faut pas se laisser obnubiler par la technique législative. La décision prévue au paragraphe 10(2) revient à constater le fait que la modification ne gênera pas sérieusement la navigation, en conséquence de quoi le ministre n'aura pas à exercer son pouvoir pour intervenir.

Ainsi donc, je conclus qu'aucun des actes attaqués des ministres n'aurait pu déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices à l'égard du projet.

b) L'arrêté d'exemption DORS/90-729

À supposer même que mon analyse ci-dessus laisse à désirer, l'«arrêté d'exemption» aurait réglé la question de toute façon. L'arrêté DORS/90-729 prévoit expressément que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au projet Kemano. En voici le texte:

C.P. 1990-2252 12 octobre 1990

Sur avis conforme du ministre de l'Environnement et en vertu de l'article 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'approuver l'Arrêté établissant les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano, ci-après, pris par le ministre de l'Environnement, le 4 octobre 1990.

ORDER ESTABLISHING THE KEMANO
COMPLETION PROJECT GUIDELINES

Short Title

1. This Order may be cited as the *Kemano Completion Project Guidelines Order*.

2. The *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* does not apply to the project known as the Kemano Completion Project and, in particular, to any decisions made as a result of the Settlement Agreement entered into by Her Majesty in right of Canada, Her Majesty in right of the Province of British Columbia and Alcan Aluminum Limited on September 14, 1987 and approved by the Governor in Council by Order in Council P.C. 1987-2481 of December 10, 1987.

This order in council was, on its face, an obvious bar to the relief sought by the respondents in their originating motions and the Motions Judge saw immediately that, in spite of his reservations about whether it was open to him to do so, he had to quash it, if his conclusions that the Guidelines were applicable were to be given effect. He said as follows (at page 300):

Paragraph 5 presents a more difficult problem in view of the Order in Council SOR/90-729, since there is considerable doubt by virtue of the jurisprudence whether it can be quashed in the present proceedings, if at all. The applicants insist that it is the recommendation of the Minister leading to the adoption of the Order in Council which they seek to quash, and, if it is quashed, then the Order in Council itself will be without effect. While I am prepared to quash the Minister's decision, it would appear that if nothing is said with respect to the Order in Council, it may well be subsequently relied on by respondents in order to defeat the order to be made herein to hold an environmental assessment review under the *EARP* process. This would result in subsequent time-consuming proceedings. In practice, therefore, in order to avoid this, it may be necessary not only to quash the Minister's recommendation that no review be made, but also the resulting Order in Council adopting this recommendation, so I will also grant *certiorari* with respect to para. 5 of the motions.

The learned Judge does not indicate the legal basis on which he relies to set the order in council aside. Elsewhere in his reasons, he vaguely addresses criticism with respect to its adoption and notes, with some irritation, that it was passed the day following

ARRÊTÉ ÉTABLISSANT LES LIGNES
DIRECTRICES VISANT LES TRAVAUX
D'ACHÈVEMENT DU PROJET KEMANO

Titre abrégé

1. Arrêté sur les lignes directrices visant les travaux d'achèvement du projet Kemano.

Lignes directrices

2. Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement ne s'applique pas au projet connu sous le nom des travaux d'achèvement du projet Kemano et notamment aux décisions prises conformément à l'Entente de règlement conclue par Sa Majesté du chef du Canada, Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique et Alcan Aluminium Limitée le 14 septembre 1987 et approuvée par le gouverneur en conseil par le décret C.P. 1987-2481 du 10 décembre 1987.

Cet arrêté fait, par son libellé même, obstacle au redressement recherché par les intimés dans leurs requêtes introductives d'instance, et le juge des requêtes s'est immédiatement aperçu que, malgré ses réserves pour ce qui était de savoir s'il était en droit de le faire, il lui fallait invalider ce texte pour donner effet à sa conclusion que le Décret sur les lignes directrices était applicable en l'espèce. Voici la conclusion qu'il a tirée à ce sujet (à la page 300):

Le paragraphe 5 présente un problème plus difficile en ce qui concerne le décret DORS/90-729, car nous sommes dans une grande incertitude, vu la jurisprudence, au sujet de la possibilité de l'annuler dans les présentes procédures, si tant est que l'on puisse l'annuler. Les requérants maintiennent que c'est la recommandation du ministre qui a amené la prise du décret qu'ils veulent faire annuler et que si elle est annulée, le décret lui-même sera inopérant. Certes, je suis disposé à annuler la décision du ministre, mais il me semble que si je ne dis rien au sujet du décret, les intimés pourront sans aucun doute l'invoquer ultérieurement pour contrecarrer l'ordonnance rendue en l'espèce exigeant que soit mené un examen des évaluations environnementales en conformité avec le PÉEE. Ce qui entraînerait d'autres procédures qui prendraient du temps. Par conséquent, pour éviter ce résultat en pratique, il est peut-être nécessaire non seulement d'annuler la recommandation du ministre selon laquelle aucun examen ne devait être fait, mais encore d'annuler le décret en découlant, par lequel a été approuvée cette recommandation; j'accorderai donc aussi le *certiorari* relatif au paragraphe 5 des requêtes.

Le juge des requêtes ne dit pas sur quelle règle de droit il s'est fondé pour invalider l'arrêté. Autre part il en critique vaguement l'adoption et note, avec une certaine irritation, que l'arrêté fut pris le lendemain du dépôt des requêtes introductives d'instance. Mais

the filing of the originating motions. But in this central passage just quoted, while he gives an explanation as to why he feels it necessary to quash the order, he does not say on what ground he was doing so. The respondents, in defending the Judge's conclusion, reiterated what they had alleged in the proceedings, namely: that the order was *ultra vires* the powers conferred by the Act; that it was enacted in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution; and finally that it was passed in disregard of the legitimate expectations of the respondents. Could any of these grounds be sustained? I think not.

Whether the order in council is characterized as an amendment to the EARP Guidelines enacted for the purpose of specifically exempting the Project from their application, or as a mere confirmation that the scope of the Guidelines did not extend to it, made with a view to clarifying the situation, it seems to me that, passed, as it was, pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act*, it was clearly authorized by Parliament. The power to adopt regulations or other legislative enactments necessarily includes the power to clarify, amend or vary those regulations or enactments subsequently, provided, of course, that the power is not exercised in a manner which would contravene the intentions of the legislature. But, I simply do not see how it could be said that the order in council is not in conformity with the duties and functions of the Minister of the Environment defined in section 4 of the *Department of the Environment Act* or was enacted without due regard to the prescriptions set out in section 5 of the said Act.⁴

⁴ I reproduce here ss. 4, 5 and 6 of the *Department of the Environment Act*:

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

(b) renewable resources, including migratory birds and other non-domestic flora and fauna;

(c) water;

(d) meteorology;

(Continued on next page)

si, dans le passage crucial cité ci-dessus, il explique pourquoi il juge nécessaire d'annuler l'arrêté, il n'indique pas le fondement juridique de sa décision. En défendant la conclusion du juge des requêtes, les intimés réitérèrent ce qu'ils avaient allégué dans l'instance, savoir que l'arrêté excédait les pouvoirs prévus par la Loi; qu'il a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution; et enfin qu'il a été pris au mépris de l'attente légitime des intimés. L'un quelconque de ces motifs peut-il être accueilli? Je ne le pense pas.

Qu'on voie dans cet arrêté une modification apportée au Décret sur les lignes directrices pour en exempter expressément le projet, ou la simple confirmation que celui-ci ne tombe pas dans son champ d'application, c'est-à-dire un simple éclaircissement, il me semble que du fait qu'il a été pris en application de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, il était clairement autorisé par la loi. Le pouvoir d'adopter des règlements et autres textes s'entend forcément aussi du pouvoir de les clarifier ou modifier, à condition bien entendu que ce pouvoir ne soit pas exercé de façon qui irait à l'encontre de la volonté du législateur. Cependant, il m'est impossible de voir comment on pourrait dire que l'arrêté en question va à l'encontre des fonctions du ministre, telles qu'elles sont définies à l'article 4 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, ou qu'il a été pris sans égard aux prescriptions de l'article 5 de la même Loi⁴.

⁴ Voici les art. 4, 5 et 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

b) aux ressources naturelles renouvelables, notamment les oiseaux migrateurs et la flore et la faune sauvages en général;

c) aux eaux;

d) à la météorologie;

(Suite à la page suivante)

It was argued that there is a fundamental constitutional principle to the effect that a delegated legislative authority cannot dispense with the law unless power to do so has been formally conferred on it. A passage of Professor Hogg's treatise on the *Constitutional Law of Canada* (2nd ed., 1985), at page 631, was relied upon with the cases referred to therein. The passage is the following:

(Continued from previous page)

- (e) notwithstanding paragraph 4(2)(f) of the *Department of National Health and Welfare Act*, the enforcement of any rules or regulations made by the International Joint Commission, promulgated pursuant to the treaty between the United States of America and His Majesty, King Edward VII, relating to boundary waters and questions arising between the United States and Canada, in so far as they relate to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;
- (f) the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;
- (g) national parks; and
- (h) national battlefields, historic sites and monuments.

(2) The powers, duties and functions of the Minister also extend to and include such other matters, relating to the environment and over which Parliament has jurisdiction, as are by law assigned to the Minister.

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

- (a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed
 - (i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,
 - (ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and
 - (iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;
- (b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organizations or persons, in any programs having similar objects; and

(Continued on next page)

Les intimés soutiennent que, selon un principe fondamental de droit constitutionnel, une autorité investie du pouvoir réglementaire ne saurait déroger à la loi à moins qu'elle n'y soit formellement habilitée. Ils citent à l'appui un passage du traité de droit constitutionnel du professeur Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd., 1985), à la page 631, ainsi que la jurisprudence qui y est invoquée. Voici ce passage:

(Suite de la page précédente)

- e) malgré l'alinéa 4(2)f) de la *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, à l'application, dans la mesure où ils touchent la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, des règles ou règlements pris par la Commission mixte internationale et promulgués aux termes du traité signé entre les États-Unis d'Amérique et Sa Majesté le roi Édouard VII au sujet des eaux limitrophes et des questions d'intérêt commun pour les deux pays;
- f) à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel;
- g) aux parcs nationaux;
- h) aux champs de bataille, lieux et monuments historiques nationaux.

(2) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent en outre aux autres domaines de compétence du Parlement liés à l'environnement et qui lui sont attribués de droit.

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l'article 4, le ministre:

- a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:
 - (i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution;
 - (ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération;
 - (iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;
- b) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et à améliorer la qualité de l'environnement, et coopère avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;

(Suite à la page suivante)

A corollary of cases such as *Entick v. Carrington* and *Roncarelli v. Duplessis* is that the Prime Minister (or Premier) or a Minister of the Crown or any other representative of the government has no power to suspend the operation of a law for a time, or to dispense with a law in favour of a particular person or group. These "suspending" and "dispensing" powers were asserted by the Stuart Kings, but were abolished by the Bill of Rights of 1688. From time to time, modern governments assert such powers, and the assertions are repudiated by the courts, who always add a stern admonition that the Crown is not above the law.²¹

And footnote 21 reads thus:

²¹ *Fitzgerald v. Muldoon* [1976] 2 N.Z.L.R. 615 (N.Z. S.C.) (N.Z. Prime Minister may not suspend statutory obligation to contribute to state pension plan); *Re Anti-Inflation Act* [1976] 2 S.C.R. 373 (Lieutenant Governor in Council may not change law by agreement with Governor in Council); *Man. Govt. Employees Assn. v. Govt. of Man.* [1978] 1 S.C.R. 1123 (same decision); *R. v. Catagas* (1977) 81 D.L.R. (3d) 396 (Man. C.A.) (Minister may not dispense with Migratory Birds Convention Act in favour of native people.)

A misunderstanding must be avoided here. It is obvious that the will of Parliament is paramount and no administrative or executive authority is entitled to contravene it, whether directly or indirectly. But that does not mean that a delegate empowered to make subordinate law has no power to dispense from the law he makes. This could be so, I agree, if it appears that Parliament's intention was that the law to be made would be applicable to everyone. For example, had the word "must" been used in section 6 of the *Department of the Environment Act* instead of "may", an argument could have been made that the intention was to forbid any exemption. But this is not the case. And if the original Guidelines could have had a clause exempting the KCP, why could the same result

(Continued from previous page)

(c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

[TRADUCTION] Un corollaire de la jurisprudence établie par des décisions telles que *Entick v. Carrington* et *Roncarelli v. Duplessis* est que le premier ministre fédéral (ou provincial) ou un ministre de la Couronne ou autre représentant du gouvernement n'a le pouvoir ni de suspendre l'application d'une loi pour une certaine période ni d'en exempter une personne ou un groupe donné. Les Stuart ont revendiqué ces pouvoirs de «suspension» et d'«exemption», mais le Bill of Rights les a abolis en 1688. Les gouvernements des temps modernes les revendiquent périodiquement, mais cette revendication est rejetée par les tribunaux judiciaires qui chaque fois ajoutent la sévère admonition que la Couronne n'est pas au-dessus de la loi²¹.

Et on peut lire à la note 21 en bas de la page:

²¹ [TRADUCTION] *Fitzgerald v. Muldoon* [1976] 2 N.Z.L.R. 615 (N.Z. S.C.) (Le premier ministre de Nouvelle-Zélande ne peut suspendre l'obligation légale de contribution au régime de pension de l'État); *Re la Loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373 (le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut changer la loi avec l'accord du gouverneur en conseil); *Man. Govt. Employees Assn. c. Gouvernement du Manitoba* [1978] 1 R.C.S. 1123 (même conclusion); *R. v. Catagas* (1977) 81 D.L.R. (3d) 396 (C.A. Man.) (Le ministre ne peut exempter les autochtones de l'application de la Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs.)

Il faut mettre en garde contre un malentendu à ce propos. Il est évident que la volonté du Parlement est souveraine et qu'aucun pouvoir administratif ou exécutif ne peut y contrevenir, directement ou indirectement. Mais cela ne signifie pas qu'une autorité investie du pouvoir réglementaire n'est pas habilitée à exempter quelqu'un de l'application d'un règlement qu'elle a pris elle-même. Cela pourrait être le cas, j'en conviens, s'il est manifeste que selon la volonté du législateur, le règlement à prendre s'appliquerait à tout et chacun. Par exemple, l'auxiliaire «doit» eût-il été employé dans l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* au lieu de l'auxiliaire «peut», on pourrait soutenir que la volonté du législateur était d'interdire toute exemption. Mais tel n'est pas le cas

(Suite de la page précédente)

c) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

not be achieved in two steps? Frequent use of this device could undermine the credibility of the Guidelines, but surely this is a matter for Parliament to resolve, not the Courts. It is obvious to me that SOR/90-729 cannot be said to have been passed in contravention of the intentions of Parliament.

On the other hand, the allegation that the order in council would have been passed in bad faith and contrary to section 35 of the Constitution, if relevant, which I doubt, remains totally unsubstantiated. If the purpose of the Act has not been breached, there can be no question of bad faith, and, on the evidence before the Court, section 35 of the Constitution can have no bearing whatsoever. To say that in passing the order in council, the Government was illegally breaching its fiduciary duty towards aboriginals, not only would one have to be aware of the precise content of that duty but, more particularly, be satisfied that the only way to fulfill that duty, in the circumstances, would be to confirm the application of the Guidelines to the Project. Of course, there is nothing in the record that could lead to such a conclusion.

Finally, I do not see how the order could be impugned on the ground of legitimate expectation. First, the circumstances required to give support to a possible application of this recently developed doctrine of legitimate expectation do not exist as the evidence does not show that there has ever been a promise from someone in authority on which reliance was placed by the respondents. Second, and more importantly, the doctrine, as I understand it, was meant to apply in matters of administrative procedure; it does not and cannot, it seems to me, have any bearing on the validity of legislative enactment.

There is simply no basis, in my judgment, on which order in council SOR/90-729 could be declared of no force and effect. If I am wrong in thinking that none of the impugned ministerial actions by themselves were subject to the application

en l'espèce. Et si le Décret sur les lignes directrices avait pu comporter une disposition qui exemptait les travaux KCP, pourquoi le même résultat ne pourrait-il pas être atteint en deux étapes? Un recours fréquent à pareille méthode pourrait saper l'autorité du Décret sur les lignes directrices, mais il s'agit là d'une question à résoudre par le Parlement, non pas par les tribunaux. Il est manifeste, à mes yeux, qu'on ne peut dire que l'arrêté DORS/90-729 a été pris en violation de la volonté du Parlement.

Par ailleurs, l'allégation que cet arrêté a été pris de mauvaise foi et en violation de l'article 35 de la Constitution—à supposer qu'elle soit pertinente, ce dont je doute—est totalement dénuée de fondement. S'il n'y a pas contravention à l'objectif de la Loi, on ne saurait parler de mauvaise foi et, à la lumière des preuves et témoignages produits, l'article 35 de la Constitution n'a aucun rapport avec l'affaire en instance. Pour affirmer qu'en prenant cet arrêté, le gouvernement a illégalement manqué à son obligation fiduciaire envers les autochtones, il aurait fallu non seulement qu'on sache le contenu exact de cette obligation, mais plus particulièrement, qu'on soit convaincu que le seul moyen de remplir cette obligation, eu égard aux faits de la cause, serait de confirmer que le Décret sur les lignes directrices est applicable à l'égard du projet. Rien cependant dans le dossier ne permet pareille conclusion.

Enfin, je ne vois pas comment l'arrêté en cause pourrait être attaqué du point de vue de l'attente légitime. En premier lieu, les conditions nécessaires à l'application possible de cette doctrine récemment élaborée de l'attente légitime n'existent pas puisqu'il n'y a aucune preuve établissant qu'une autorité quelconque ait fait une promesse sur laquelle se seraient fondés les intimés. En second lieu—et cet argument est encore plus important—cette doctrine, telle que je la comprends, ne s'applique qu'aux questions de procédure administrative; elle n'a et ne saurait rien à voir, à mon sens, avec la validité d'un texte législatif ou réglementaire.

À mon avis, il n'y a tout simplement aucun fondement juridique sur lequel on puisse se baser pour déclarer l'arrêté DORS/90-729 nul et non avenu. À supposer que je me sois trompé en pensant qu'aucune des actions attaquées des ministres était subordonnée

of the EARP Guidelines to the KCP, this so-called Exemption Order would settle all difficulties.

My overall conclusion, therefore, is that the appeals should be allowed and the cross-appeal dismissed; the various orders issued by the Motions Judge should be quashed and the originating motions of the respondents should be dismissed.

The appellants should be entitled to their costs both here and in the Trial Division. While the originating motions were argued together both here and below, the appellant Alcan and the appellant Ministers were represented by separate counsel in both Divisions. Accordingly, the appellant Alcan and the appellant Ministers should be entitled to a separate set of costs in this Court as well as in the Trial Division.

HEALD J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

à l'application du Décret sur les lignes directrices dans le contexte des travaux KCP, ce soi-disant arrêté d'exemption doit régler toutes les difficultés.

a Ma conclusion générale est, en conséquence, qu'il faut accueillir les appels, rejeter l'appel incident, annuler les diverses ordonnances rendues par le juge des requêtes et rejeter les requêtes introductives d'instance des intimés.

b Les appelants auront droit à leurs dépens en appel comme en première instance. Alors que les requêtes introductives d'instance faisaient l'objet d'une argumentation commune en appel et en première instance, l'appelante Alcan et les ministres appelants étaient représentés par des avocats différents devant les deux sections. En conséquence, l'appelante Alcan et les ministres appelants auront droit à des dépens distincts devant la Cour comme en première instance.

d LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.