



Jill Hogan  
Acting Commissioner,  
Development Services  
Town of Milton  
Jill.Hogan@milton.ca  
905-878-7252 ext. 2304

January 25, 2022

EA Modernization Project Team  
Ministry of the Environment, Conservation and Parks  
Environmental Assessment Modernization Branch  
135 St. Clair Avenue West, 4th Floor  
Toronto, Ontario M4V 1P5

Dear Sir/Madam:

**RE: Response from the Town of Milton to Environmental Registry of Ontario Notice #019-4219 entitled “Moving to a project list approach under the Environmental Assessment Act”**

This letter provides the response of the Town of Milton (“**Town**”) to the noted Environmental Registry of Ontario Notice #019-4219 respecting the Province’s planned adoption of a project list approach to triggering comprehensive environmental assessments under the new Part II.3 of the *Environmental Assessment Act*.

As understood by the Town, this list approach is intended to have the Province’s environmental assessment requirements apply more broadly to all types of major projects, regardless of the proponent or sector.

As we understand Ontario’s *Environmental Assessment Act* and municipal authority, there can be concurrent jurisdiction over matters unless there is a conflict.<sup>1</sup> Municipalities are responsible for providing “good government” and are granted broad powers to do so.<sup>2</sup> In particular, municipalities have authority to regulate matters related to the economic, social and environmental well-being of the municipality, the health, safety and well-being of persons, and the protection of persons and property.<sup>3</sup>

These points have guided the Town’s assessment of the implications of this expansion of environmental assessment requirements on Town interests. This leads the Town to make the following general points:

- (1) Nothing in the list itself or the terms of Part II.3 supporting the proposed list affects the jurisdiction of municipalities such as the Town to regulate such projects through its legislative powers under multiple acts, particularly the *Planning Act* and the *Municipal Act, 2001*;
- (2) Municipalities such as the Town must nevertheless ensure that their regulation of any future listed project under Part II.3 does not conflict with provincial standards; and
- (3) Because of the use of thresholds in the proposed list, there are many examples of projects that have the potential to cause harm to the “environment” (biophysical, social, cultural and economic) that will not be subject to Part II.3, are not presently subject to assessment under

---

<sup>1</sup> 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 SCR 241.

<sup>2</sup> *Municipal Act, 2001*, SO 2001, c 25, s 2 and s 11.

<sup>3</sup> *Municipal Act, 2001*, SO 2001, c 25, s 11(2).

any other Part of the *Environmental Assessment Act*, and may thus depend on municipal regulation to avoid regulatory gaps in protecting against harm to the environment.

The Town has also given attention to specific items on the proposed list, particularly where the list approach applies to sectors not previously addressed by the *Environmental Assessment Act*. By way of example, the Town has considered the topic of new railway lines. As with all entries on the proposed list, railways have the potential to provide benefits and impacts of interest to municipalities. It is well recognized, for example, that new railway lines may introduce economic benefits as well as serious health and safety hazards and nuisances such as smoke and noise into nearby communities.<sup>4</sup>

Railways are an important example because, depending on their scale, they can be of interest to all levels of government, including federal, provincial and municipal governments. The Town notes for example, the Province's interest in railways set out in the *Shortline Railway Act, 1995*<sup>5</sup>. The Town sees the provincial regulation of rail lines to have points in common with the regulation of other transportation facilities like roads and highways. In particular, the Province has specific approvals for new highways, but has recognized that additional regulations are required to address a highway's environmental effects. The list applies the same approach to rail lines. Additionally, as with the proposed list for railways, the Province does not regulate all roads: roads of a local or regional nature are regulated by municipalities, not the Province. These examples thus support the general point that there is room for municipal regulation of facilities and environmental effects not regulated by the Province.

The Town appreciates the proposed use of a list to guide the application of Part II.3 comprehensive environmental assessments. This has the potential to provide a more consistent baseline of environmental regulation across Ontario.

As always, municipalities like the Town will continue to focus on protecting their residents and the environment and avoiding regulatory gaps.

The Town appreciates the opportunity to comment on this provincial initiative.

Sincerely,

Jill Hogan  
Acting Commissioner, Development Services  
Town of Milton

---

<sup>4</sup> This recognition may be found in the leading case on federal environmental assessment where Canada's highest court expressly referenced the example of railways to consider these effects: see *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 SCR 3 at 66.

<sup>5</sup> SO 1995, c 2.

Her Majesty The Queen in right of Alberta,  
as represented by the Minister of Public  
Works, Supply and Services *Appellant*

and

The Minister of Transport and the Minister  
of Fisheries and Oceans *Appellants*

v.

Friends of the Oldman River  
Society *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the  
Attorney General for New Brunswick, the  
Attorney General of Manitoba, the Attorney  
General of British Columbia, the Attorney  
General for Saskatchewan, the Attorney  
General of Newfoundland, the Minister of  
Justice of the Northwest Territories, the  
National Indian Brotherhood/Assembly of  
First Nations, the Dene Nation and the  
Metis Association of the Northwest  
Territories, the Native Council of Canada  
(Alberta), the Sierra Legal Defence Fund,  
the Canadian Environmental Law  
Association, the Sierra Club of Western  
Canada, the Cultural Survival (Canada), the  
Friends of the Earth and the Alberta  
Wilderness Association *Interveners*

INDEXED AS: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER  
SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)

File No.: 21890.

1991: February 19, 20; 1992: January 23.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and  
Iacobucci JJ.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta,  
représentée par le ministre des Travaux  
publics, des Approvisionnements et des  
Services *Appelante*

*a*

et

Le ministre des Transports et le ministre des  
Pêches et des Océans *Appellants*

*b*

*c.*

Friends of the Oldman River  
Society *Intimée*

*c*

et

Le procureur général du Québec, le  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
le procureur général du Manitoba, le  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, le procureur général de la  
Saskatchewan, le procureur général de  
Terre-Neuve, le ministre de la Justice des  
Territoires du Nord-Ouest, la Fraternité des  
Indiens du Canada/l'Assemblée des  
Premières Nations, la Nation dénée et  
l'Association des Métis des Territoires du  
Nord-Ouest, le Conseil national des  
autochtones du Canada (Alberta), le Sierra  
Legal Defence Fund, l'Association  
canadienne du droit de l'environnement,  
le Sierra Club of Western Canada,  
Survie culturelle (Canada), les Amis de la  
Terre et l'Alberta Wilderness  
Association *Intervenants*

*d*

*e*

*f*

*g*

*h*

RÉPERTORIÉ: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER  
SOCIETY c. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)

*i*

N° du greffe: 21890.

1991: 19, 20 février; 1992: 23 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Stevenson et Iacobucci.

## ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Environment — Environmental assessment — Whether federal environmental guidelines order intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.*

*Environmental law — Environmental assessment — Statutory validity of federal environmental guidelines order — Whether guidelines order authorized by s. 6 of Department of the Environment Act — Whether guidelines order inconsistent with Navigable Waters Protection Act — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5, 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.*

*Environmental law — Environmental assessment — Applicability of federal environmental guidelines order — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Whether guidelines order applicable only to new federal projects — Whether Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans must comply with guidelines order — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4(1)(a), 5(a)(ii), 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2 “propositional”, “initiating department”, 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5 — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37.*

*Crown — Immunity — Provinces — Whether Crown in right of province bound by provisions of Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22 — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.*

*Administrative law — Judicial review — Remedies — Discretion — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Environmental group applying for certiorari and mandamus in Federal Court to compel Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with federal environmental*

## EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Répartition des pouvoirs législatifs — Environnement — Évaluation environnementale — Les lignes directrices fédérales en matière d'environnement sont-elles intra vires du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.*

*Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Validité législative du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Le décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement? — Le décret sur les lignes directrices est-il incompatible avec la Loi sur la protection des eaux navigables? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5, 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.*

*Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Applicabilité du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Le décret sur les lignes directrices s'applique-t-il seulement aux nouveaux projets fédéraux? — Le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus de se conformer au décret sur les lignes directrices? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4(1)a), 5a)(ii), 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2 «proposition», «ministère responsable», 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5 — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37.*

*Couronne — Immunité — Provinces — La Couronne du chef de la province est-elle liée par les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Redressements — Pouvoir discrétionnaire — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Groupe environnemental, par demande de bref de certiorari et de bref de mandamus à la Cour fédérale, cherche à for-*

*guidelines order — Applications dismissed on grounds of unreasonable delay and futility — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's discretion not to grant remedy sought.*

The respondent Society, an Alberta environmental group, brought applications for *certiorari* and *mandamus* in the Federal Court seeking to compel the federal departments of Transport and Fisheries and Oceans to conduct an environmental assessment, pursuant to the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, in respect of a dam constructed on the Oldman River by the province of Alberta — a project which affects several federal interests, in particular navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands. The Guidelines Order was established under s. 6 of the federal *Department of the Environment Act* and requires all federal departments and agencies that have a decision-making authority for any proposal (i.e., any initiative, undertaking or activity) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility to initially screen such proposal to determine whether it may give rise to any potentially adverse environmental effects. The province had itself conducted extensive environmental studies over the years which took into account public views, including the views of Indian bands and environmental groups, and, in September 1987, had obtained from the Minister of Transport an approval for the work under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*. This section provides that no work is to be built in navigable waters without the prior approval of the Minister. In assessing Alberta's application, the Minister considered only the project's effect on navigation and no assessment under the Guidelines Order was made. Respondent's attempts to stop the project in the Alberta courts failed and both the federal Ministers of the Environment and of Fisheries and Oceans declined requests to subject the project to the Guidelines Order. The contract for the construction of the dam was awarded in 1988 and the project was 40 percent complete when the respondent commenced its action in the Federal Court in April 1989. The Trial Division dismissed the applications. On appeal, the Court of Appeal reversed the judgment, quashed the approval under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*, and ordered the Ministers of Transport and of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order. This appeal raises the constitutional and statutory validity of the Guidelines Order as well as its nature and applicability. It also raises the

*cer le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à se conformer au décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Demandes rejetées en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation demandée?*

L'intimée, la Friends of the Oldman River Society (la «Société»), un groupe environnemental de l'Alberta, par demande de bref de *certiorari* et de bref de *mandamus* présentée à la Cour fédérale, cherche à forcer deux ministères fédéraux, le ministère des Transports et le ministère des Pêches et des Océans, à procéder à une évaluation environnementale conformément au *Décret fédéral sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, relativement à un barrage construit sur la rivière Oldman par la province d'Alberta—un projet qui touche plusieurs sphères de compétence fédérale, notamment les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes. Le Décret sur les lignes directrices a été pris en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et exige de tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir de décision à l'égard d'une proposition (c'est-à-dire une entreprise ou activité) susceptible d'entraîner des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, qu'ils procèdent à un examen initial de cette proposition afin de déterminer si elle peut éventuellement comporter des effets défavorables sur l'environnement. La province a elle-même procédé au cours des années à d'importantes études environnementales qui ont donné lieu à des consultations publiques, notamment auprès des bandes indiennes et des groupes environnementaux, et, en septembre 1987, avait obtenu du ministre des Transports une approbation de l'ouvrage en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cette disposition prévoit qu'il est interdit de construire un ouvrage dans les eaux navigables à moins qu'il n'ait préalablement été approuvé par le ministre. Dans l'évaluation de la demande de l'Alberta, le ministre n'a examiné que l'incidence du projet sur la navigation et aucune évaluation n'a été faite en vertu du Décret sur les lignes directrices. Les tentatives de l'intimée devant les tribunaux de l'Alberta pour faire arrêter le projet ont échoué et les ministres fédéraux de l'Environnement et des Pêches et des Océans ont refusé d'assujettir le projet à l'évaluation en vertu du Décret sur les lignes directrices. Le contrat de construction du barrage a été octroyé en 1988 et les travaux étaient achevés à 40 pour 100 lorsque la présente action a été intentée

question whether the motions judge properly exercised his discretion in deciding not to grant the remedy sought on grounds of unreasonable delay and futility.

*Held* (Stevenson J. dissenting): The appeal should be dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order.

#### *Statutory Validity of the Guidelines Order*

The Guidelines Order was validly enacted pursuant to s. 6 of the *Department of the Environment Act*, and is mandatory in nature. When one reads s. 6 as a whole, rather than focusing on the word "guidelines" in isolation, it is clear that Parliament has elected to adopt a regulatory scheme that is "law", and amenable to enforcement through prerogative relief. The "guidelines" are not merely authorized by statute but must be formally enacted by "order" with the approval of the Governor in Council. That is in striking contrast with the usual internal ministerial policy guidelines intended for the control of public servants under the minister's authority.

The Guidelines Order, which requires the decision maker to take socio-economic considerations into account in the environmental impact assessment, does not go beyond what is authorized by the *Department of the Environment Act*. The concept of "environmental quality" in s. 6 of the Act is not confined to the biophysical environment alone. The environment is a diffuse subject matter and, subject to the constitutional imperatives, the potential consequences for a community's livelihood, health and other social matters from environ-

devant la Cour fédérale en avril 1989. La Section de première instance a rejeté les demandes. La Cour d'appel a infirmé le jugement, annulé l'approbation accordée en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et ordonné aux ministres des Transports et des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices. Le présent pourvoi soulève la validité constitutionnelle et législative du Décret sur les lignes directrices et porte sur la nature et l'applicabilité de celui-ci. Il soulève aussi la question de savoir si le juge des requêtes a bien exercé son pouvoir discrétionnaire dans sa décision de ne pas accorder le redressement demandé en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure.

*Arrêt* (le juge Stevenson est dissident): Le pourvoi est rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un *mandamus* ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices.

#### *La validité législative du Décret sur les lignes directrices*

Le Décret sur les lignes directrices a été validement adopté conformément à l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et il est de nature impérative. Lorsqu'on examine l'art. 6 dans son ensemble, plutôt que seulement le terme «directives» en vase clos, on se rend compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis «légalement» et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative. Les «directives» ne sont pas simplement autorisées par une loi, mais elles doivent être officiellement adoptées par «arrêté», sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre.

Le Décret sur les lignes directrices, qui exige du décideur qu'il tienne compte de facteurs socio-économiques dans l'évaluation des répercussions environnementales, ne va pas au-delà de ce qui est autorisé par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Le concept de la «qualité de l'environnement» prévu à l'art. 6 de la Loi ne se limite pas à l'environnement biophysique seulement. L'environnement est un sujet diffus et, sous réserve des impératifs constitutionnels, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gain-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions

mental change, are integral to decision making on matters affecting environmental quality.

The Guidelines Order is consistent with the *Navigable Waters Protection Act*. There is nothing in the Act which explicitly or implicitly precludes the Minister of Transport from taking into consideration any matters other than marine navigation in exercising his power of approval under s. 5 of the Act. The Minister's duty under the Order is supplemental to his responsibility under the *Navigable Waters Protection Act*, and he cannot resort to an excessively narrow interpretation of his existing statutory powers to avoid compliance with the Order. There is also no conflict between the requirement for an initial assessment "as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken" in s. 3 of the Guidelines Order, and the remedial power under s. 6(4) of the Act to grant approval after the commencement of construction. That power is an exception to the general rule in s. 5 of the Act requiring approval prior to construction, and in exercising his discretion to grant approval after commencement, the Minister is not precluded from applying the Order.

#### *Applicability of the Guidelines Order*

The scope of the Guidelines Order is not restricted to "new federal projects, programs and activities"; the Order is not engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. However, there must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". 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. "Responsibility" within the definition of "proposal" means a legal duty or obligation and should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Once such a 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

concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement.

Le Décret sur les lignes directrices est compatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables*. La Loi n'a pas pour effet d'empêcher explicitement ou implicitement le ministre des Transports de tenir compte de facteurs autres que ceux touchant la navigation dans l'exercice de son pouvoir d'approbation en vertu de l'art. 5 de la Loi. La fonction confiée au ministre en vertu du Décret vient s'ajouter à la responsabilité qu'il a en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, et il ne peut invoquer une interprétation trop étroite des pouvoirs qui lui sont conférés par des lois pour éviter de se conformer au Décret. Il n'existe pas non plus de conflit entre, d'une part, le fait d'exiger, à l'art. 3 du Décret sur les lignes directrices, qu'un examen soit effectué «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables» et, d'autre part, le pouvoir de redressement, prévu au par. 6(4) de la Loi, permettant au ministre d'accorder une approbation après le début des travaux. Ce pouvoir constitue une exception à la règle générale énoncée à l'art. 5 de la Loi selon laquelle il faut obtenir une approbation avant le début de la construction et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une approbation après le début des travaux, rien n'empêche le ministre d'appliquer le Décret.

#### *L'applicabilité du Décret sur les lignes directrices*

L'application du Décret sur les lignes directrices n'est pas restreinte aux «nouveaux projets, programmes et activités fédéraux»; le Décret ne reçoit pas application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit toutefois s'agir tout d'abord d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». 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 à l'activité proposée. L'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» signifie une obligation légale et ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. 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

thus responsible for initiating the process under the Guidelines Order.

The Oldman River Dam project falls within the ambit of the Guidelines Order. The project qualifies as a proposal for which the Minister of Transport alone is the "initiating department" under s. 2 of the Order. The *Navigable Waters Protection Act*, in particular s. 5, places 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.

The Guidelines Order does not apply to the Minister of Fisheries and Oceans, however, because there is no equivalent regulatory scheme under the *Fisheries Act* which is applicable to this project. The discretionary power to request or not to request information to assist a Minister in the exercise of a legislative function does not constitute a "decision making responsibility" within the meaning of the Order. The Minister of Fisheries and Oceans under s. 37 of the *Fisheries Act* has only been given a limited *ad hoc* legislative power which does not constitute an affirmative regulatory duty.

The scope of assessment under the Guidelines Order is not confined to the particular head of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility within the meaning of the term "proposal". Under the Order, the initiating department which has been given authority to embark on an assessment must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction. The Minister of Transport, in his capacity of decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*, must thus consider the environmental impact of the dam on such areas of federal jurisdiction as navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands.

#### *Crown Immunity*

*Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.:* The Crown in right of Alberta is bound by the *Navigable Waters Protection Act* by necessary implication. The proprietary right the province may have in the bed of the Oldman River is subject to the public right of navigation, legislative jurisdiction over which has been exclusively vested in Parliament. Alberta requires statutory

décision» à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le Décret sur les lignes directrices.

<sup>a</sup> Le projet de barrage sur la rivière Oldman est visé par le Décret sur les lignes directrices. Il peut être qualifié de proposition dont le ministre des Transports seul est le «ministère responsable» en vertu de l'art. 2 du Décret. La *Loi sur la protection des eaux navigables*, notamment son art. 5, 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, <sup>b</sup> au-dessus ou à travers de telles eaux. <sup>c</sup>

Cependant, le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au ministre des Pêches et des Océans, puisque la *Loi sur les pêches* ne renferme pas de disposition de réglementation équivalente qui serait applicable au projet. Le fait que le ministre possède le pouvoir discrétionnaire de demander des renseignements visant à l'aider dans l'exercice d'une fonction législative ne signifie pas qu'il «participe à la prise de décisions» au sens du Décret. Le ministre des Pêches et des Océans a, <sup>d</sup> 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. <sup>e</sup>

L'étendue de l'évaluation en vertu du Décret sur les lignes directrices n'est pas limitée au domaine particulier de compétence à l'égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions au sens du terme «proposition». En vertu du Décret, le ministère responsable qui a reçu le pouvoir de procéder à l'évaluation doit tenir compte des répercussions environnementales dans tous les domaines de compétence fédérale. Le ministre des Transports, à titre de décideur en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, doit examiner les incidences environnementales du barrage sur les domaines de compétence fédérale, comme les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes. <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup>

#### *L'immunité de la Couronne*

<sup>i</sup> Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La Couronne du chef de l'Alberta est par déduction nécessaire liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Le droit de propriété que la province peut détenir sur le lit de la rivière Oldman est assujéti <sup>j</sup> au droit public de navigation, sur lequel le Parlement exerce une compétence législative exclusive. L'Alberta



authorization from Parliament to erect any obstruction that substantially interferes with navigation in the Oldman River, and the *Navigable Waters Protection Act* is the means by which it must be obtained. The Crown in right of Alberta is bound by the Act, for it is the only practicable procedure available for getting approval. The purpose of the Act would be wholly frustrated if the province was not bound by the Act. The provinces are among the bodies that are likely to engage in projects that may interfere with navigation. Were the Crown in right of a province permitted to undermine the integrity of the essential navigational networks in Canadian waters, the legislative purpose of the *Navigable Waters Protection Act* would effectively be emasculated.

*Per* Stevenson J. (dissenting): The province of Alberta is not bound by the *Navigable Waters Protection Act*. The Crown is not bound by legislation unless it is mentioned or referred to in the legislation. Here, there are no words in the Act "expressly binding" the Crown and no clear intention to bind "is manifest from the very terms of the statute". As well, the failure to include the Crown would not wholly frustrate the purpose of the Act or produce an absurdity. There are many non-governmental agencies whose activities are subject to the Act and there is thus no emasculation of the Act. If the Crown interferes with a public right of navigation, that wrong is remediable by action. There is no significant benefit in approval under the Act. Tort actions may still lie.

#### *Constitutional Validity of the Guidelines Order*

The "environment" is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. Understood in its generic sense, it encompasses the physical, economic and social environment and touches upon several of the heads of power assigned to the respective levels of government. While both levels may act in relation to the environment, the exercise of legislative power affecting environmental concerns must be linked to an appropriate head of power. Local projects will generally fall within provincial responsibility, but federal participation will be required if, as in this case, the project impinges on an area of federal jurisdiction.

The Guidelines Order is *intra vires* Parliament. The Order does not attempt to regulate the environmental effects of matters within the control of the province but

doit obtenir l'autorisation législative du Parlement pour construire un ouvrage qui entraverait sérieusement la navigation dans la rivière Oldman; la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le mécanisme qu'elle doit utiliser à cette fin. La Couronne du chef de l'Alberta est liée par la Loi, car il s'agit là du seul moyen pratique d'obtenir l'approbation requise. Par ailleurs, si la province n'était pas liée par la Loi, celle-ci serait privée de toute efficacité. Les provinces font partie des organismes susceptibles de participer à des projets qui peuvent obstruer la navigation. Si la Couronne du chef d'une province était habilitée à saper l'intégrité des réseaux essentiels de navigation dans les eaux canadiennes, l'objet de la *Loi sur la protection des eaux navigables* serait, en fait, annihilé.

*Le* juge Stevenson (dissident): La province d'Alberta n'est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Nul texte législatif ne lie la Couronne, sauf dans la mesure qui y est mentionnée ou prévue. En l'espèce, la Loi ne renferme pas de termes qui «lient expressément» la Couronne et il n'existe pas d'intention claire de la lier qui «ressort du texte même de la loi». En outre, le fait que la Couronne ne soit pas liée ne priverait pas la Loi de toute efficacité ni ne donnerait lieu à une absurdité. Il existe de nombreux organismes non gouvernementaux dont les activités sont régies par la Loi et l'objet de la Loi n'est donc pas annihilé. Si la Couronne porte atteinte à un droit public de navigation, il est possible de la poursuivre en justice. Il n'y a pas d'avantage important lié à l'approbation en vertu de la Loi. Il peut toujours y avoir ouverture à responsabilité civile.

#### *La validité constitutionnelle du Décret sur les lignes directrices*

L'«environnement» n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans son sens générique, il englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. Bien que les deux paliers puissent œuvrer dans le domaine de l'environnement, l'exercice d'une compétence législative, dans la mesure où elle se rapporte à l'environnement, doit se rattacher au domaine de compétence approprié. Les projets de nature locale relèvent généralement de la compétence provinciale, mais ils peuvent exiger la participation du fédéral dans le cas où ils empiètent sur un domaine de compétence fédérale comme en l'espèce.

Le Décret sur les lignes directrices est *intra vires* du Parlement. Il ne tente pas de réglementer les répercussions environnementales de matières qui relèvent de la

merely makes environmental impact assessment an essential component of federal decision making. The Order is in pith and substance nothing more than an instrument that regulates the manner in which federal institutions must administer their multifarious duties and functions. In essence, the Order has two fundamental aspects. First, there is the substance of the Order dealing with environmental impact assessment to facilitate decision making under the federal head of power through which a proposal is regulated. This aspect of the Order can be sustained on the basis that it is legislation in relation to the relevant subject matters enumerated in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The second aspect of the Order is its procedural or organizational element that coordinates the process of assessment, which can in any given case touch upon several areas of federal responsibility, under the auspices of a designated decision maker (the "initiating department"). This facet of the Order has as its object the regulation of the institutions and agencies of the Government of Canada as to the manner in which they perform their administrative functions and duties. This is unquestionably *intra vires* Parliament. It may be viewed either as an adjunct of the particular legislative powers involved, or, in any event, be justifiable under the residuary power in s. 91.

The Guidelines Order cannot be used as a colourable device to invade areas of provincial jurisdiction which are unconnected to the relevant heads of federal power. The "initiating department" is only given a mandate to examine matters directly related to the areas of federal responsibility potentially affected. Any intrusion under the Order into provincial matters is merely incidental to the pith and substance of the legislation.

#### *Discretion*

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci J.J.: The Federal Court of Appeal did not err in interfering with the motions judge's discretion not to grant the remedies sought on the grounds of unreasonable delay and futility. Respondent made a sustained effort, through legal proceedings in the Alberta courts and through correspondence with federal departments, to challenge the legality of the process followed by the province to build the dam and the acquiescence of the appellant Ministers, and there is no evidence that Alberta has suffered any prejudice from any delay in taking the present action. Despite ongoing legal proceedings, the construction of the dam continued. The province was not prepared to

compétence de la province, mais fait simplement de l'évaluation des incidences environnementales un élément essentiel de la prise de décisions fédérales. De par son caractère véritable, le Décret n'est rien de plus qu'un instrument qui régit la façon dont les institutions fédérales doivent gérer leurs diverses fonctions. Essentiellement, le Décret comporte deux aspects fondamentaux. Il y a tout d'abord l'aspect de fond qui porte sur l'évaluation des incidences environnementales, dont l'objet est de faciliter la prise de décisions dans le domaine de compétence fédérale qui régit une proposition. Cet aspect du Décret peut être maintenu au motif qu'il s'agit d'un texte législatif se rapportant aux matières pertinentes énumérées à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le deuxième aspect est l'élément procédural ou organisationnel coordonnant le processus d'évaluation, qui peut dans un cas donné toucher plusieurs domaines de compétence fédérale, relevant d'un décideur désigné (le «ministère responsable»). Cette facette vise à régler la façon dont les institutions et organismes du gouvernement du Canada exercent leurs fonctions et responsabilités administratives. Cela est indiscutablement *intra vires* du Parlement. Cet aspect peut être considéré comme un pouvoir accessoire de la compétence législative en cause, ou de toute façon, être justifié en vertu du pouvoir résiduel prévu à l'art. 91.

Le Décret sur les lignes directrices ne peut être utilisé comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compétence fédérale concernés. Le «ministère responsable» n'a que le mandat d'examiner les questions se rapportant directement aux domaines de compétence fédérale concernés. Toute ingérence dans la sphère de compétence provinciale est simplement accessoire au caractère véritable du texte législatif.

#### *Le pouvoir discrétionnaire*

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation sollicitée en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure. L'intimée s'est efforcée d'une façon soutenue de contester, dans le cadre des poursuites judiciaires devant les tribunaux de l'Alberta et dans les lettres envoyées aux ministères fédéraux, d'une part, la légalité des mesures prises par l'Alberta relativement à la construction du barrage, et d'autre part, l'acquiescement des ministres appelants; il n'existe pas de preuve que l'Alberta a subi

accede to an environmental impact assessment under the Order until it had exhausted all legal avenues. The motions judge did not weigh these considerations adequately, giving the Court of Appeal no choice but to intervene. Futility was also not a proper ground to refuse a remedy in the present circumstances. Prerogative relief should only be refused on that ground in those few instances where the issuance of a prerogative writ would be effectively nugatory. It is not obvious in this case that the implementation of the Order even at this late stage will not have some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact from the dam on an area of federal jurisdiction.

*Per Stevenson J. (dissenting):* The Federal Court of Appeal erred in interfering with the motions judge's discretion to refuse the prerogative remedy. The court was clearly wrong in overruling his conclusion on the question of delay. The common law has always imposed a duty on an applicant to act promptly in seeking prerogative relief. Given the enormity of the project and the interests at stake, it was unreasonable for the respondent Society to wait 14 months before challenging the Minister of Transport's approval. It is impossible to conclude that Alberta was not prejudiced by the delay. The legal proceedings in the Alberta courts brought by the respondent and others need not have been taken into account by the motions judge. These proceedings were separate and distinct from the relief sought in this case and were irrelevant to the issues at hand. The present action centres on the constitutionality and applicability of the Guidelines Order. It raises new and different issues. In determining whether he should exercise his discretion against the respondent, the motions judge was obliged to look only at those factors which he considered were directly connected to the application before him. Interference with his exercise of discretion is not warranted unless it can be said with certainty that he was wrong in doing what he did. The test has not been met in this case.

#### Costs

*Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.:*

un préjudice quelconque en raison d'un retard à intenter la présente action. Malgré les contestations judiciaires en cours, la construction du barrage s'est poursuivie. La province n'était pas disposée à consentir à une évaluation des incidences environnementales en vertu du Décret avant l'épuisement de tous les recours légaux. Le juge des requêtes n'a pas suffisamment accordé d'importance à ces considérations, ne laissant à la Cour d'appel d'autre choix que d'intervenir. Le motif de la futilité de la procédure ne pouvait justifier un refus dans les circonstances. On ne devrait refuser la délivrance d'un bref de prérogative pour ce motif que dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. En l'espèce, il n'est pas évident que l'application du Décret, même à cette étape tardive, n'aura pas un certain effet sur les mesures susceptibles d'être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste que pourrait avoir le barrage sur un domaine de compétence fédérale.

*Le juge Stevenson (dissident):* La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder une réparation par voie de bref de prérogative. La cour a clairement commis une erreur en rejetant sa conclusion relativement à la question du retard. La common law a toujours exigé du requérant qu'il agisse avec diligence lorsqu'il sollicite un bref de prérogative. Compte tenu de l'envergure du projet et des intérêts en jeu, il n'était pas raisonnable que la Société intimée attende 14 mois avant de contester l'approbation du ministre des Transports. Il est impossible de conclure que l'Alberta n'a pas subi un préjudice en raison du retard. Le juge des requêtes n'avait pas à tenir compte des procédures judiciaires que l'intimée et d'autres parties avaient entamées devant les tribunaux de l'Alberta. Ces procédures constituaient des recours distincts et différents du redressement sollicité en l'espèce et n'étaient pas pertinentes quant aux questions en litige. La présente action porte sur la constitutionnalité et l'applicabilité du Décret sur les lignes directrices. Il soulève des questions nouvelles et différentes. Pour déterminer s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire contre l'intimée, le juge des requêtes devait examiner seulement les facteurs qui, selon lui, se rattachaient directement à la demande dont il était saisi. On n'est pas justifié de modifier la décision qu'il a prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, sauf si l'on peut affirmer avec certitude qu'il a eu tort de procéder ainsi. L'on n'a pas répondu au critère en l'espèce.

#### Les dépens

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin*

It is a proper case for awarding costs on a solicitor-client basis to the respondent, given the Society's circumstances and the fact that the federal Ministers were joined as appellants even though they did not earlier seek leave to appeal to this Court.

*Per* Stevenson J. (dissenting): The appellants should not be called upon to pay costs on a solicitor and client basis. There is no justification in departing from our own general rule that a successful party should recover costs on the usual party and party basis. Public interest groups must be prepared to abide by the same principles as apply to other litigants and be prepared to accept some responsibility for the costs.

### Cases Cited

By La Forest J.

**Referred to:** *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), aff'd (1989), 99 N.R. 72; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265; *R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139; *Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Environmental Defense Fund, Inc. v. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (1976); *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839; *Attorney-General v. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240; *Wood v. Esson* (1884), 9 S.C.R. 239; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *The Queen v. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*,

et *Iacobucci*: Il s'agit d'un cas où il est approprié d'accorder les dépens comme entre procureur et client à la Société intimée, compte tenu de la situation de cette dernière et du fait que les ministères fédéraux ont été joints comme appelants même s'ils n'avaient pas auparavant présenté une demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour.

*Le juge Stevenson* (dissident): Les appelants ne devraient pas être contraints de payer les dépens comme entre procureur et client. Il n'y a pas de raison de déroger à notre règle générale que la partie qui a gain de cause a droit aux dépens sur la base des frais entre parties. Les groupes d'intérêt public doivent être disposés à se plier aux mêmes principes que les autres plaideurs et accepter une certaine responsabilité quant aux dépens.

### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1<sup>re</sup> inst.), conf. (1989), 99 N.R. 72; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265; *R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139; *Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Environmental Defense Fund, Inc. c. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (1976); *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410; *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839; *Attorney-General c. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240; *Wood c. Esson* (1884), 9 R.C.S. 239; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *The Queen c. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Northwest Falling*

[1980] 2 S.C.R. 292; *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321; *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339; *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280; *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Isherwood v. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459.

By Stevenson J. (dissenting)

*Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) v. Turcotte*, [1984] C.A. 316.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for the better protection of Navigable Streams and Rivers*, S.C. 1873, c. 65.  
*Act for the removal of obstructions, by wreck and like causes, in Navigable Waters of Canada, and other purposes relative to wrecks*, S.C. 1874, c. 29.  
*Act respecting booms and other works constructed in navigable waters whether under the authority of Provincial Acts or otherwise*, S.C. 1883, c. 43, s. 1.  
*Act respecting Bridges over navigable waters, constructed under the authority of Provincial Acts*, S.C. 1882, c. 37.  
*Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters*, R.S.C. 1886, c. 92.  
*Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 35, ss. 1, 7.  
*Act respecting the Protection of Navigable Waters*, R.S.C. 1886, c. 91.

*Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292; *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. c. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Friends of the Oldman River Society c. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321; *Friends of Oldman River Society c. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339; *Friends of the Old Man River Society c. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280; *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Isherwood c. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459.

<sup>d</sup> Citée par le juge Stevenson (dissident)

*Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, [1984] C.A. 316.

### Lois et règlements cités

<sup>g</sup> *Acte à l'effet d'autoriser la corporation de la ville d'Emerson à construire un pont libre pour les voyageurs et le trafic sur la rivière Rouge, dans la province du Manitoba*, S.C. 1880, ch. 44.  
<sup>h</sup> *Acte à l'effet de mieux protéger les cours d'eau et rivières navigables*, S.C. 1873, ch. 65.  
*Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 35, art. 1, 7.  
*Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables*, S.R.C. 1886, ch. 92.  
*Acte concernant la protection des eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 36.  
*Acte concernant la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1886, ch. 91.  
<sup>j</sup> *Acte concernant les bômes et autres ouvrages établis en eaux navigables soit sous l'autorité d'actes provinciaux soit autrement*, S.C. 1883, ch. 43, art. 1.

- Act respecting the protection of Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 36.
- Act to authorize the Corporation of the Town of Emerson to construct a Free Passenger and Traffic Bridge over the Red River in the Province of Manitoba*, S.C. 1880, c. 44.
- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 753.11(1) [en. Alta. Reg. 457/87, s. 3].
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 835.1.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91 "preamble", 91(10), (29), 92(10)(a), 92A.
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4, 5, 6.
- Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.
- Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2 "initiating department", "proponent", "proposal", 3, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 25.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(2).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37, 40.
- International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2(1), 17.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, s. 11.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 5.
- National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 28, s. 3.
- Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1906, c. 115.
- Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 4, 5, 6, 21, 22.
- Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3.
- Acte concernant les ponts établis en vertu d'actes provinciaux sur des eaux navigables*, S.C. 1882, ch. 37.
- Acte pour pourvoir à l'enlèvement d'obstructions provenant de naufrages et autres causes semblables dans les rivières navigables du Canada, et pour d'autres objets relatifs aux naufrages*, S.C. 1874, ch. 29.
- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, art. 753.11(1) [ad. Alta. Reg. 457/87, art. 3.]
- Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 835.1.
- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2 «ministère responsable», «promoteur», «proposition», 3, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 25.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209, art. 11.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 «préambule», 91(10), (29), 92(10)a), 92A.
- Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 3.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1), 17.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(2).
- Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 5.
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 4, 5, 6, 21, 22.
- Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1906, ch. 115.
- Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4, 5, 6.
- Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.
- Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3.
- Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), ch. I-20.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37, 40.

## Authors Cited

- Canada. Canadian Council of Resource and Environment Ministers. *Report of the National Task Force on Environment and Economy*, September 24, 1987.
- Canada. Law Reform Commission. *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*. Unpublished paper prepared by Marie E. Hatherly, 1984.
- Cotton, Roger and D. Paul Emond. "Environmental Impact Assessment". In John Swaigen, ed., *Environmental Rights in Canada*. Toronto: Butterworths, 1981, 245.

## Doctrines citées

- Canada. Commission de réforme du droit. *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*. Document non publié rédigé par Marie E. Hatherly, 1986.
- Canada. Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement. *Rapport du Groupe de Travail national sur l'environnement et l'économie*, 24 septembre 1987.
- Cotton, Roger et D. Paul Emond. «Environmental Impact Assessment». In John Swaigen, ed., *Environ-*

De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vols. 1 and 4. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985-1990.

Emond, D. P. *Environmental Assessment Law in Canada*. Toronto: Emond-Montgomery Ltd., 1978.

Emond, Paul. "The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647.

Gibson, Dale. "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.

Gillespie, Colin J. "Enforceable Rights from Administrative Guidelines?" (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Jeffery, Michael I. *Environmental Approvals in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1973.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 18, 68 D.L.R. (4th) 375, [1991] 1 W.W.R. 352, 108 N.R. 241, 76 Alta. L.R. (2d) 289, 5 C.E.L.R. (N.S.) 1, reversing a judgment of the Trial Division, [1990] 1 F.C. 248, [1990] 2 W.W.R. 150, 30 F.T.R. 108, 70 Alta. L.R. (2d) 289, 4 C.E.L.R. (N.S.) 137. Appeal dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal environmental guidelines order. Stevenson J. is dissenting.

*D. R. Thomas, Q.C., T. W. Wakeling and G. D. Chipeur*, for the appellant Her Majesty the Queen in right of Alberta.

*E. R. Sojonky, Q.C., B. J. Saunders and J. de Pencier*, for the appellants the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans.

*B. A. Crane, Q.C.*, for the respondent.

*mental Rights in Canada*. Toronto: Butterworths, 1981, 245.

De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. I et III. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984-1989.

Emond, D. P. *Environmental Assessment Law in Canada*. Toronto: Emond-Montgomery Ltd., 1978.

Emond, Paul. «The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution» (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647.

Gibson, Dale. «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.

Gillespie, Colin J. «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?» (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204.

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Jeffery, Michael I. *Environmental Approvals in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.

La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18, 68 D.L.R. (4th) 375, [1991] 1 W.W.R. 352, 108 N.R. 241, 76 Alta. L.R. (2d) 289, 5 C.E.L.R. (N.S.) 1, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance, [1990] 1 C.F. 248, [1990] 2 W.W.R. 150, 30 F.T.R. 108, 70 Alta. L.R. (2d) 289, 4 C.E.L.R. (N.S.) 137. Pourvoi rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un *mandamus* ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer aux lignes directrices fédérales en matière d'environnement. Le juge Stevenson est dissident.

*D. R. Thomas, c.r., T. W. Wakeling et G. D. Chipeur*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta.

*E. R. Sojonky, c.r., B. J. Saunders et J. de Pencier*, pour les appelants le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans.

*B. A. Crane, c.r.*, pour l'intimée.

*J.-K. Samson* and *A. Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*P. H. Blanchet*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*G. E. Hannon*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*G. H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*R. G. Richards*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*B. G. Welsh*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

*R. A. Kasting* and *J. Donihee*, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

*P. W. Hutchins*, *D. H. Soroka* and *F. S. Gertler*, for the intervener the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations.

*J. J. Gill*, for the interveners the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories, and the Native Council of Canada (Alberta).

*G. J. McDade* and *J. B. Hanebury*, for the interveners the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), and the Friends of the Earth.

*M. W. Mason*, for the intervener the Alberta Wilderness Association.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The protection of the environment has become one of the major challenges of our time. To respond to this challenge, governments and international organizations have been engaged in the creation of a wide variety of legis-

*J.-K. Samson* et *A. Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*P. H. Blanchet*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*G. E. Hannon*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*G. H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*R. G. Richards*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*B. G. Welsh*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*R. A. Kasting* et *J. Donihee*, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

*P. W. Hutchins*, *D. H. Soroka* et *F. S. Gertler*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des Premières Nations.

*J. J. Gill*, pour les intervenants la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest, et le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

*G. J. McDade* et *J. B. Hanebury*, pour les intervenants le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), et les Amis de la Terre.

*M. W. Mason*, pour l'intervenante l'Alberta Wilderness Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST—La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de



lative schemes and administrative structures. In Canada, both the federal and provincial governments have established Departments of the Environment, which have been in place for about 20 years. More recently, however, it was realized that a department of the environment was one among many other departments, many of which pursued policies that came into conflict with its goals. Accordingly at the federal level steps were taken to give a central role to that department, and to expand the role of other government departments and agencies so as to ensure that they took account of environmental concerns in taking decisions that could have an environmental impact.

To that end, s. 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, empowered the Minister for the purposes of carrying out his duties relating to environmental quality, by order, with the approval of the Governor in Council, to establish guidelines for use by federal departments, agencies and regulatory bodies in carrying out their duties, functions and powers. Pursuant to this provision the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("Guidelines Order") was established and approved in June 1984, SOR/84-467. In general terms, these guidelines require all federal departments and agencies that have a decision-making authority for any proposal, i.e., any initiative, undertaking or activity that may have an environmental effect on an area of federal responsibility, to initially screen such proposal to determine whether it may give rise to any potentially adverse environmental effects. If a proposal could have a significant adverse effect on the environment, provision is made for public review by an environmental assessment panel whose members must be unbiased, free of political influence and possessed of special knowledge and

régimes législatifs et de structures administratives. Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux ont mis sur pied des ministères de l'environnement, qui existent maintenant depuis environ 20 ans. Cependant, on s'est récemment rendu compte qu'un ministère de l'environnement est entouré d'un grand nombre d'autres ministères dont les politiques entrent en conflit avec ses objectifs. En conséquence, le gouvernement fédéral a pris des mesures pour confier au ministère de l'Environnement un rôle central et élargir le rôle d'autres ministères et organismes gouvernementaux pour s'assurer qu'ils tiennent compte des préoccupations touchant l'environnement dans la prise de décisions susceptibles d'entraîner des incidences environnementales.

À cette fin, en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10, le ministre peut par arrêté, au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement et avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et des organismes fédéraux dont ceux de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. Conformément à cette disposition, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («*Décret sur les lignes directrices*») a été pris et approuvé en juin 1984, DORS/84-467. Dans l'ensemble, ces lignes directrices exigent de tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir de décision à l'égard d'une proposition, c'est-à-dire une entreprise ou activité susceptible d'entraîner des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, qu'ils procèdent à un examen initial de cette proposition afin de déterminer si elle peut éventuellement comporter des effets néfastes sur l'environnement. Advenant le cas où une proposition risque d'avoir un effet néfaste important sur l'environnement, on prévoit la tenue d'un examen public effectué par une commission d'évaluation environnementale dont les membres doivent faire preuve d'objectivité, être à l'abri de l'ingérence politique et posséder des connaissances et une expérience particulières se rapportant aux

experience relevant to the technical, environmental and social effects of the proposal.

The present case raises the constitutional and statutory validity of the *Guidelines Order* as well as its nature and applicability. These issues arise in a context where the respondent Society, an environmental group from Alberta, by applications for *certiorari* and *mandamus*, seeks to compel two federal departments, the Department of Transport and the Department of Fisheries and Oceans, to conduct a public environmental assessment pursuant to the *Guidelines Order* in respect of a dam constructed on the Oldman River by the Government of Alberta. That government had itself conducted extensive environmental studies which took into account public views. However, since the project affects navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands, federal interests are involved. Specifically, the Society argues that the Minister of Transport must approve the project under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, and in doing so is required to provide for public assessment of the project pursuant to the *Guidelines Order*. It also argues that the Minister of Fisheries and Oceans has a similar duty in the performance of his functions under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

The case also raises the question whether the motions judge properly exercised his discretion in deciding whether or not to grant *certiorari* or *mandamus*. Accordingly the material background must be set forth in some detail.

### Background

The history of the project begins in May 1958 when Alberta asked the Prairie Farm Rehabilitation Administration ("P.F.R.A.") of the federal Department of Agriculture to determine the feasibility of constructing a storage reservoir on the Oldman River, at a site called Livingstone Gap. In

effets de la proposition sur les plans technique, environnemental et social.

Le présent pourvoi soulève la validité constitutionnelle et législative du *Décret sur les lignes directrices* et porte sur la nature et l'applicabilité de celui-ci. Ces questions s'inscrivent dans un contexte où l'intimée, la Friends of the Oldman River Society (la «Société»), un groupe environnemental de l'Alberta, par demande de bref de *certiorari* et de bref de *mandamus*, cherche à forcer deux ministères fédéraux, le ministère des Transports et le ministère des Pêches et des Océans, à procéder à une évaluation environnementale publique conformément au *Décret sur les lignes directrices* relativement à un barrage construit sur la rivière Oldman par le gouvernement de l'Alberta. Ce dernier a lui-même procédé à d'importantes études environnementales qui ont donné lieu à des consultations publiques. Toutefois, puisque le projet touche des eaux navigables, des pêcheries, des Indiens et des terres indiennes, il comporte des questions de compétence fédérale. Plus particulièrement, la Société soutient que le ministre des Transports doit approuver le projet en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, et que, ce faisant, il doit prévoir la tenue d'une évaluation publique du projet conformément au *Décret sur les lignes directrices*. Elle soutient également que le ministre des Pêches et des Océans, a une obligation similaire dans l'exécution de ses fonctions en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

Le présent pourvoi soulève aussi la question de savoir si le juge des requêtes a bien exercé son pouvoir discrétionnaire dans sa décision concernant la délivrance d'un bref de *certiorari* ou de *mandamus*. En conséquence, les faits pertinents doivent être présentés en détail.

### Les faits

L'historique du projet débute en mai 1958 au moment où le gouvernement de l'Alberta a demandé à l'Administration du rétablissement agricole des Prairies («ARAP») du ministère fédéral de l'Agriculture d'évaluer la possibilité de la construction d'un réservoir pour le stockage de

December 1966 the P.F.R.A. submitted its report and proposed another location, the Three Rivers site on the Oldman River, for further study. There followed a federal-provincial water supply study which lasted from 1966 to 1974. After this, in July 1974, the Alberta Department of the Environment initiated an examination of water demand and potential storage sites on the Oldman River and its tributaries, to be conducted in two phases.

The first phase consisted of an initial evaluation of sites in the Oldman basin for water storage carried out by a Technical Advisory Committee comprised of representatives from several provincial government departments including Environment, Culture and Multiculturalism, Energy Resources Conservation Board, Fish and Wildlife Division, Agriculture, as well as representatives from local municipal districts and industry. The Committee's report was released on July 14, 1976 and was followed by a series of public consultations with local authorities and other groups and individuals. The responses received were evaluated and issues arising from them were identified for further study in the second phase.

The second phase began on February 4, 1977 when the Minister of the Environment announced the creation of the Oldman River Study Management Committee consisting of six representatives of the public and three representatives of the provincial government. Its task was to address the issues raised by the public during the first study, and to make recommendations concerning overall water management in the river basin, including the incorporation of the concerns of area residents. This it was required to do in a more comprehensive way than the first phase by, *inter alia*, studying issues affecting the whole of the river basin such as salinization, sedimentation, recreation, fish habitat and other environmental issues. Public par-

l'eau de la rivière Oldman à un endroit appelé Livingston Gap. En décembre 1966, l'ARAP a déposé son rapport et proposé la réalisation d'une étude plus poussée relativement à un autre emplacement le long de la rivière Oldman, en l'occurrence Three Rivers. Entre 1966 et 1974, une étude fédérale-provinciale sur l'approvisionnement en eau a été réalisée. Après quoi, en juillet 1974, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a entrepris des études visant à examiner les besoins en eau et à déterminer quels emplacements sur la rivière Oldman et ses affluents seraient susceptibles de servir au stockage de l'eau. Ces études devaient se dérouler en deux étapes.

La première consistait en une évaluation initiale des emplacements dans le bassin de la rivière Oldman aux fins du stockage de l'eau et a été réalisée par un comité consultatif technique composé de représentants de plusieurs organismes et ministères du gouvernement provincial, notamment Environnement, Culture et Multiculturalisme, l'Energy Resources Conservation Board, la division du poisson et de la faune de l'Agriculture, ainsi que de représentants des districts municipaux et de l'industrie. Le comité a déposé son rapport le 14 juillet 1976; et, par la suite, une série de consultations publiques s'est tenue auprès des autorités locales et d'autres groupes et particuliers. On a procédé à l'évaluation des réponses reçues et déterminé les questions qui en découlaient en vue de les examiner au cours de la seconde étape.

La seconde étape a commencé le 4 février 1977 au moment de l'annonce par le ministre de l'Environnement de la mise sur pied du «Oldman River Study Management Committee» (le comité de gestion de l'étude sur la rivière Oldman), qui était formé de six représentants du public et de trois représentants du gouvernement provincial. Ce comité devait examiner les questions soulevées par le public au cours de la première étape et présenter des recommandations sur la gestion globale des eaux du bassin de la rivière, devant notamment tenir compte des préoccupations des résidents de la région. Cette étape devait être plus approfondie que la première et comporter notamment l'étude de questions touchant l'ensemble du bassin de la

icipation was encouraged, a series of public meetings and public workshops was held, and oral and written submissions were made by a variety of interest groups including Indian bands and environmental groups. The Management Committee released its final report in 1978.

That same year, a panel of the Environment Council of Alberta was constituted to hold public hearings on the management of water resources within the Oldman basin. Again, several public hearings were held throughout southern Alberta and the Council received briefs from a wide cross-section of Albertans representing the interests of business, agriculture, local governments, Indian bands and others. The Council submitted its report to the Minister of the Environment in August 1979 and recommended yet another location, the Brocket site on the Peigan Indian Reserve, should a dam be needed.

The provincial government then reviewed this report and the 1978 report and on August 29, 1980 announced its decision to build a dam on the Oldman River. It also stated that the Three Rivers site was the preferred location, but added that the final decision would be deferred until the Peigan Indian Band had an opportunity to submit a proposal for construction at the Brocket site. In November 1983 the Peigan Band presented a position to the Minister of the Environment describing its expected economic compensation if the dam were to be built at the Brocket site.

On August 8, 1984 the Premier of Alberta announced the government's decision to proceed with construction of the dam at the Three Rivers site. Before that announcement was made, however, the dam proposal was reviewed by the Regional Screening and Co-ordinating Committee ("R.S.C.C."), a committee of the federal Department of the Environment. The purpose of the

rivière, savoir la salinisation, la sédimentation, les loisirs, l'habitat du poisson et d'autres questions environnementales. On a encouragé le public à participer, une série de rencontres et d'ateliers publics ont eu lieu et divers groupes d'intérêts, dont les bandes indiennes et les groupes environnementaux, ont présenté des observations orales et écrites. Le comité de gestion a soumis son rapport final en 1978.

La même année, un groupe a été constitué au sein de l'Environment Council of Alberta (le «conseil»); on lui a ordonné de tenir des audiences publiques sur la gestion des ressources en eau dans le bassin de la rivière Oldman. Plusieurs audiences publiques ont de nouveau eu lieu dans tout le sud de l'Alberta et le conseil a reçu de nombreux exposés représentant les vues d'un large échantillon de la population albertaine, notamment le milieu des affaires, le secteur agricole, les gouvernements locaux et les bandes indiennes. Le conseil a soumis son rapport au ministre de l'Environnement en août 1979 et a recommandé un nouvel emplacement, à Brocket, situé sur la réserve indienne de Peigan, dans l'hypothèse où un barrage serait nécessaire.

Le gouvernement provincial a ensuite examiné ce rapport et celui de 1978 et a annoncé le 29 août 1980 qu'il avait décidé de construire un barrage sur la rivière Oldman. Il a précisé que l'emplacement de Three Rivers était l'emplacement privilégié, mais qu'il reportait sa décision définitive quant à ce choix jusqu'à ce que la bande indienne de Peigan ait pu présenter une proposition concernant la construction du barrage à Brocket. En novembre 1983, la bande de Peigan a présenté sa position au ministre de l'Environnement et précisé l'indemnisation qu'elle prévoyait dans l'hypothèse où le barrage serait construit à Brocket.

Le 8 août 1984, le premier ministre de l'Alberta a annoncé que le gouvernement avait décidé de construire le barrage à l'emplacement de Three Rivers. Toutefois, avant cette annonce, le projet de construction du barrage avait été examiné par le Comité régional de sélection et de coordination («CRSC»), un comité du ministère fédéral de l'Environnement. Le CRSC devait s'assurer que

R.S.C.C. was to ensure that proposals that may affect federal areas of concern are subjected to environmental review, and it actively followed the progress of the dam proposal until it was decided that the dam would not be built on Indian land.

Following the Three Rivers site announcement, Alberta commenced the design of the dam and launched an "Environmental Mitigation/Opportunities Action Plan" which spawned further environmental studies and public meetings. The provincial Department of the Environment opened a project information office close to the Three Rivers site to answer public enquiries. Several sub-committees were established by the Municipal District of Pincher Creek to provide input to the Alberta Department of the Environment on areas of local concern, including land use, fish and wildlife, recreation, and agriculture. In addition, the provincial Minister of the Environment ordered the appointment of a Local Advisory Committee to advise the Minister on such matters as road relocation, fish and wildlife concerns, and recreational opportunities. After gathering information from public meetings, the Committee submitted a report to the Minister with recommendations concerning fisheries, wildlife, historical resources, agriculture, recreation and transportation systems.

In 1987 the federal R.S.C.C. once again became involved in the project at the request of the Department of Indian and Northern Affairs to study its impact on federal interests, particularly on the Peigan Indian Reserve located approximately 12 kilometres downstream from the dam site. Alberta had already provided the Peigans with funding to conduct an independent study of the project's effect on the Reserve and its inhabitants. The Peigan report was submitted to the provincial Minister of the Environment in February 1987. It addressed such subjects as irrigation, surface and ground water considerations, dam safety, fisheries

les projets susceptibles d'entraîner une incidence sur les domaines de compétence fédérale soient soumis à une évaluation environnementale, et il a suivi l'évolution du projet de construction du barrage jusqu'à ce qu'il soit décidé qu'il ne serait pas construit sur les terres indiennes.

Après l'annonce de la construction du barrage à Three Rivers, l'Alberta a entrepris la conception du barrage et l'élaboration d'un plan d'atténuation ou d'exploitation des incidences environnementales qui a donné lieu à d'autres études environnementales et à la tenue de rencontres publiques. Le ministère provincial de l'Environnement a alors ouvert un bureau d'information sur le projet, situé à proximité de Three Rivers, afin de répondre aux demandes de renseignements du public. Le district municipal de Pincher Creek a ensuite constitué plusieurs sous-comités afin de faire connaître au ministère albertain de l'Environnement les préoccupations d'intérêt local concernant notamment l'utilisation des terres, le poisson et la faune, les loisirs et l'agriculture. En outre, le ministre provincial de l'Environnement a demandé la constitution d'un comité consultatif local chargé de le conseiller sur des questions touchant le réaménagement des routes, les préoccupations dans le domaine de la pêche et de la faune et les possibilités offertes en matière de loisirs. Après avoir recueilli des renseignements au cours de rencontres publiques, le comité a soumis au ministre son rapport accompagné de recommandations au sujet des pêches, de la faune, des ressources historiques, de l'agriculture, des loisirs et du transport.

En 1987, le CRSC fédéral a de nouveau participé au projet, à la demande du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, afin d'en examiner l'incidence sur les intérêts fédéraux, notamment sur la réserve indienne de Peigan située à environ 12 kilomètres en aval de l'emplacement du barrage. L'Alberta avait déjà octroyé à la bande indienne de Peigan des fonds pour qu'elle effectue une étude indépendante de l'incidence du projet sur la réserve et ses habitants. La bande de Peigan a soumis son rapport au ministre provincial de l'Environnement en février 1987. Il portait notamment sur l'irrigation, les questions des eaux de sur-

assessment, and spiritual and cultural assessment. The report prepared at the behest of the R.S.C.C. in July 1987 concluded that the project's effects on the Reserve would be either favourable or mitigable, but did note the possibility of negative environmental impacts affecting the Reserve—i.e., increased dust storms, increased mercury levels in fish and the extinction of flood plain cottonwood forests.

I come now to a step of prime importance in this action. On March 10, 1986 the Alberta Department of the Environment applied to the federal Minister of Transport for approval of the work under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*. That provision provides that no work is to be built in navigable waters without the prior approval of the Minister. In assessing the application, the Minister considered the project's effect on marine navigation and approved the application on September 18, 1987 subject to certain conditions relating to marine navigation. I underline, however, that he did not subject the application to an assessment under the *Guidelines Order*. As we shall see, whether he should have done so raises several of the major issues in this appeal.

It is not until after this transpired that the respondent Society came into the picture. The Society was incorporated on September 8, 1987 to oppose the project and became aware of the approval granted by the Minister of Transport on February 16, 1988. However, earlier efforts to check the progress of the development had been made by certain individuals who later became members of the Society on its formation. Thus in the summer of 1987 the Southern Alberta Environmental Group had written a letter to the Minister of Fisheries and Oceans asking that an initial assessment be conducted under the *Guidelines Order*. The request was refused for the reason that the potential problems were being addressed and

face et des eaux souterraines, la sécurité du barrage, l'évaluation des pêches et l'incidence du projet sur les plans spirituel et culturel. Le rapport préparé sur l'ordre du CRSC en juillet 1987 concluait que les effets du projet sur la réserve seraient favorables ou atténuables, mais faisait ressortir la possibilité de répercussions environnementales négatives sur la réserve, soit un accroissement des tourbillons de poussière, une augmentation du niveau de mercure dans le poisson et l'extinction des forêts de peupliers dans le périmètre d'inondation.

J'arrive maintenant à une étape d'importance primordiale. Le 10 mars 1986, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a demandé au ministre fédéral des Transports d'approuver l'ouvrage en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cette disposition prévoit qu'il est interdit de construire un ouvrage dans les eaux navigables à moins qu'il n'ait préalablement été approuvé par le ministre. Dans l'évaluation de la demande, le ministre a examiné l'incidence du projet sur la navigation et l'a approuvé, le 18 septembre 1987, sous réserve de certaines conditions relatives à la navigation. Je tiens toutefois à indiquer qu'il n'a pas assujéti la demande à une évaluation en vertu du *Décret sur les lignes directrices*. Comme nous le verrons, plusieurs des principales questions soulevées dans le présent pourvoi découle de la question de savoir s'il aurait dû le faire.

Ce n'est qu'ensuite que la Société intimée commence à jouer un rôle. En effet, l'intimée a été constituée en société le 8 septembre 1987 pour s'opposer au projet et a été informée que le ministre des Transports avait approuvé le projet le 16 février 1988. Toutefois, certains particuliers, qui sont ensuite devenus membres de la Société lors de sa constitution, s'étaient efforcés d'empêcher l'évolution du projet. À l'été 1987, le Southern Alberta Environmental Group avait écrit au ministre des Pêches et des Océans pour lui demander de procéder à une évaluation initiale en vertu du *Décret sur les lignes directrices*. Cette demande fut refusée au motif que les problèmes possibles avaient été pris en charge et en raison de

because of the “long-standing administrative arrangements that are in place for the management of fisheries in Alberta”. This, like the Minister of Transport’s action described earlier, plays an important part in the legal arguments that were subsequently made. Another early effort came on December 3, 1987 when the respondent Society wrote to the Minister of the Environment asking that the matter be subjected to the *Guidelines Order* but again the request was declined, this time principally on the grounds that the dam project fell primarily within provincial jurisdiction and that Environment Canada was satisfied that Alberta’s proposed mitigation plan would remedy any detrimental effects on the fisheries. The Society tried once again to have the Minister of the Environment invoke the *Guidelines Order* on February 22, 1988, but was turned down in June 1988 for the same jurisdictional reason.

The Society was also busy on the provincial front to have the project stopped. On October 26, 1987 it brought an application in the Court of Queen’s Bench of Alberta to quash an interim licence granted under the *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, c. W-5. The licence was, in fact, quashed by order on December 8, 1987. A second interim licence was granted on February 5, 1988 and the Society applied in the Court of Queen’s Bench to have that one quashed as well. However, that application was dismissed on April 21, 1988. The Society also asked the Alberta Energy Resources Conservation Board to conduct a public hearing under the *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, c. H-13, but its request was refused. That decision was affirmed by the Alberta Court of Appeal. In August 1988 the vice-president of the Society swore an information before a justice of the peace alleging that an offence had been committed against the federal *Fisheries Act* but the Attorney General for Alberta stayed the proceedings.

The contract for construction of the dam was awarded in February 1988, and as of March 31, 1989 the dam was 40 percent complete. The pre-

l’existence des [TRADUCTION] «arrangements administratifs qui régissent depuis longtemps la gestion des pêches en Alberta». Ce refus, à l’instar des mesures susmentionnées prises par le ministre des Transports, joue un rôle important dans l’argumentation juridique qui a suivi. Dans une lettre du 3 décembre 1987, la Société intimée a demandé au ministre de l’Environnement d’assujettir le projet à l’évaluation en vertu du *Décret sur les lignes directrices*; cette demande a de nouveau été refusée, cette fois principalement au motif que le projet de barrage relevait fondamentalement de la compétence provinciale et qu’Environnement Canada était convaincu que le plan d’atténuation proposé par l’Alberta devait pallier tout effet néfaste sur les ressources halieutiques. Le 22 février 1988, la Société a de nouveau tenté d’inciter le ministre de l’Environnement à invoquer l’application du *Décret sur les lignes directrices*, mais a de nouveau essuyé un refus en juin 1988 pour le même motif de compétence.

La Société a également tenté à l’échelon provincial de faire arrêter le projet. Le 26 octobre 1987, elle a présenté une demande auprès de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta sollicitant l’annulation d’un permis provisoire délivré en vertu de la *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, ch. W-5. Ce permis a été annulé le 8 décembre 1987 et un second permis provisoire délivré le 5 février 1988; la Société a de nouveau demandé à la Cour du Banc de la Reine d’annuler ce permis. Toutefois, cette demande a été rejetée le 21 avril 1988. La Société a également demandé à l’Alberta Energy Resources Conservation Board de tenir une audience publique en vertu de l’*Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, ch. H-13, mais cette demande a été refusée. La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé cette décision. En août 1988, la vice-présidente de la Société a déposé une plainte devant un juge de paix, alléguant qu’il y avait eu contravention à la *Loi sur les pêches* du fédéral; toutefois, le procureur général de l’Alberta a ordonné un arrêt des procédures.

Le contrat de construction du barrage a été octroyé en février 1988 et, le 31 mars 1989, les travaux étaient achevés à 40 pour 100. La présente

sent action was commenced on April 21, 1989 in the Trial Division of the Federal Court, [1990] 1 F.C. 248. In the action, the Society sought an order in the nature of *certiorari* to quash the approval granted by the Minister of Transport as well as an order in the nature of *mandamus* requiring the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the *Guidelines Order*. Jerome A.C.J. dismissed the application but the Society's appeal to the Federal Court of Appeal was successful, [1990] 2 F.C. 18. This Court granted leave to appeal on September 13, 1990, [1990] 2 S.C.R. x.

### Legislation

Before going further, it will be useful to set forth the major parts of the relevant legislation. The *Department of the Environment Act* reads in relevant part:

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;

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

action a été intentée le 21 avril 1989 devant la Section de première instance de la Cour fédérale, [1990] 1 C.F. 248. Dans cette action, la Société sollicitait une ordonnance cassant par voie de *certiorari* l'approbation donnée par le ministre des Transports ainsi qu'un bref de la nature d'un *mandamus* ordonnant au ministre des Transports et au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*. Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté la demande, mais la Société a eu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 13 septembre 1990, [1990] 2 R.C.S. x.

### Les dispositions législatives

Avant de poursuivre, il est utile de présenter les principales parties des textes législatifs pertinents. 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;

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) to provide to Canadians environmental information in the public interest;

(iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;

(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, organization or persons, in any programs having similar objects; and

b) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et 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;

(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.

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. 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.

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.

Pursuant to s. 6, the Minister, by order, with the approval of the Governor in Council, established the *Guidelines Order*. It reads in relevant part as follows:

Conformément à l'art. 6, le ministre a par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établi le *Décret sur les lignes directrices*, dont les dispositions pertinentes sont:

2. In these Guidelines,

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

"initiating department" means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal;

«ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.

"proponent" means the organization or the initiating department intending to undertake a proposal;

«promoteur» L'organisme ou le ministère responsable qui se propose de réaliser une proposition.

"proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the impli-

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions

cations are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

6. These Guidelines shall apply to any proposal

<sup>a</sup> 6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

<sup>a</sup> a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

<sup>b</sup> b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

<sup>c</sup> c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

<sup>d</sup> d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

Reference must also be made to s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act* which reads as follows:

On doit aussi mentionner l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*:

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

<sup>d</sup> 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) 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;

<sup>e</sup> 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

<sup>f</sup> 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) 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).

<sup>g</sup> 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).

### Judicial History

### L'historique judiciaire

#### *Trial Division*

#### *h La Section de première instance*

Jerome A.C.J. identified the four main issues in the action as follows: (1) the standing of the applicant to bring the application; (2) whether the federal Ministers named were bound to invoke the *Guidelines Order*; (3) the applicability of *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), aff'd (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.), to the facts of this case; and (4) whether he should exercise his discretion to grant the remedies sought. He dealt

Le juge en chef adjoint Jerome a présenté les quatre questions principales de la façon suivante: (1) la requérante a-t-elle qualité pour présenter la demande en l'espèce? (2) les ministres fédéraux nommés sont-ils tenus d'invoquer le *Décret sur les lignes directrices*? (3) la décision *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1<sup>re</sup> inst.), confirmée par (1989), 99 N.R. 72 (C.A.F.), s'applique-t-elle aux faits de la présente espèce? (4) la

with the first issue by simply assuming, without deciding, that the Society had the requisite standing to bring the application.

With respect to the *Guidelines Order*, Jerome A.C.J. first held that the Minister of Transport was not bound to apply it in assessing the application under the *Navigable Waters Protection Act*, and indeed he found that the Minister would have exceeded his jurisdiction had he invoked the *Guidelines Order*. The reasoning was that the Act sets out no requirement for environmental review but instead confines the Minister to consider only factors affecting marine navigation. Similarly, the Minister of Fisheries and Oceans was without jurisdiction to apply the *Guidelines Order* because his department had not undertaken a project. In the alternative, if the *Guidelines Order* could be said to apply to provincially initiated projects, it would only apply where a federal department received a "proposal" requiring its approval. As the *Fisheries Act* did not contemplate an approval procedure for a permit or licence, the *Guidelines Order* did not apply. Nor were environmental factors raised under either the *Fisheries Act* or the *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.

Jerome A.C.J. then turned to the *Canadian Wildlife* case. In that case, which I shall discuss with more particularity later, the Federal Court of Appeal had held that before the project in question there, the Rafferty-Alameda Dam, could be undertaken, it was necessary to obtain the approval of the Minister of the Environment. Jerome A.C.J. distinguished that case on two grounds. First, the case involved authorization under the *International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20, which required prior approval from the Minister of

cour devait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder les redressements demandés? En ce qui concerne la première question, il a simplement tenu pour acquis, sans en décider, que la Société avait la qualité voulue pour présenter la demande.

En ce qui concerne le *Décret sur les lignes directrices*, le juge en chef adjoint Jerome a tout d'abord statué que le ministre des Transports n'était pas tenu de l'appliquer dans l'évaluation de la demande présentée en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et, en fait, il a conclu que, s'il avait invoqué le *Décret sur les lignes directrices*, le ministre aurait excédé les limites de sa compétence. Le raisonnement était que la *Loi* n'établit pas d'obligation de tenir un examen des incidences environnementales, mais limite plutôt le ministre à prendre en considération seulement les facteurs touchant la navigation. Par ailleurs, le ministre des Pêches et des Océans n'avait pas compétence pour appliquer le *Décret sur les lignes directrices* parce que son ministère n'avait pas entrepris de projet. Par contre, dans l'hypothèse où le *Décret sur les lignes directrices* pouvait être étendu aux projets lancés par les provinces, il ne se serait appliqué que dans les cas où un ministère fédéral aurait reçu une «proposition» exigeant son approbation. Comme la *Loi sur les pêches* ne prévoit pas de procédure d'approbation qui serait applicable à un permis ou à une licence, le *Décret sur les lignes directrices* ne s'applique pas. En outre, les facteurs environnementaux ne sont soulevés ni dans la *Loi sur les pêches* ni dans la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.

Le juge en chef adjoint Jerome examine ensuite l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*. Dans cette affaire, que j'analyserai plus à fond plus loin, la Cour d'appel fédérale a statué que le ministre de l'Environnement devait approuver le projet en question, le barrage Rafferty-Alameda, avant sa mise en œuvre. Le juge en chef adjoint Jerome estime que cette affaire se distingue de celle de l'espèce pour deux raisons. Premièrement, il était question d'une autorisation requise aux termes de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration*

the Environment, as opposed to the instant case where approval may be granted under the *Navigable Waters Protection Act* after the project is commenced. Second, the Rafferty-Alameda project involved the Minister of the Environment whose statutory duties under the *Department of the Environment Act* included consideration of environmental factors.

Lastly, on the issue of the discretionary nature of the relief sought, Jerome A.C.J. found against the Society because of delay and the unnecessary duplication that would result. Between the grant of approval on September 18, 1987 and the commencement of this action on April 21, 1989, he noted, no steps had been taken to quash the approval and compel the application of the *Guidelines Order*. By the time the action was started the project was 40 percent complete. Furthermore, Alberta had already conducted an extensive environmental review of the project and had "identified every possible area of environmental social concern and ha[d] given every citizen, including the members of the applicant organization, ample opportunity to voice their views and to mobilize their opposition" (pp. 273-74). That being so, applying the *Guidelines Order* would be needlessly repetitive. Accordingly, he dismissed the application.

The Society then launched an appeal to the Federal Court of Appeal.

#### *Court of Appeal*

Stone J.A., writing for the court, began by noting that the Oldman River Dam may have an environmental effect on at least three areas of federal responsibility, namely fisheries, Indians and Indian lands. He disagreed with the view that the Minister of Transport was restricted to considering matters affecting marine navigation only. He found that the dam project fell within the ambit of the *Guidelines*

*des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), ch. I-20, nécessitant l'approbation préalable du ministre de l'Environnement; en l'espèce, l'approbation en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* peut être accordée une fois la réalisation du projet entamée. Deuxièmement, le projet de construction du barrage de Rafferty-Alameda faisait intervenir le ministre de l'Environnement à qui la *Loi sur le ministère de l'Environnement* imposait l'obligation de se prononcer sur des facteurs environnementaux.

Enfin, en ce qui concerne le caractère discrétionnaire du redressement recherché, le juge en chef adjoint Jerome n'a pas fait droit à la demande de la Société en raison du retard et du chevauchement inutile qui s'ensuivraient. Entre l'approbation accordée le 18 septembre 1987 et le début de la présente action le 21 avril 1989, il précise qu'aucune mesure n'a été prise pour faire annuler cette approbation et forcer l'application du *Décret sur les lignes directrices*. À la date où la présente action a été intentée, le projet était déjà complété à environ 40 pour 100. Par ailleurs, la province d'Alberta avait déjà procédé à un examen exhaustif des incidences environnementales du projet qui «a permis le recensement complet des questions pouvant faire l'objet de préoccupations sociales environnementales, en sorte de donner à tous les citoyens, y compris les membres de l'organisation requérante, l'entière possibilité d'exprimer leur opinion et de se mobiliser en vue de contester le projet» (pp. 273 et 274). Cela étant, l'application du *Décret sur les lignes directrices* serait inutilement répétitive. Il a donc rejeté la demande.

La Société a alors interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale.

#### *La Cour d'appel*

Le juge Stone, s'exprimant au nom de la cour, a tout d'abord fait remarquer que la construction du barrage sur la rivière Oldman peut avoir des répercussions environnementales sur au moins trois domaines de compétence fédérale, soit les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes. Il n'est pas d'accord avec la proposition selon laquelle le ministre des Transports pouvait seulement prendre

*Order* and that the Department of Transport was an “initiating department” for the purposes of the *Guidelines Order* thereby engaging the application of the *Guidelines Order*. Stone J.A. referred to the *Canadian Wildlife* case for authority that the *Guidelines Order* was a law of general application, and as such imposed on the Minister a “superadded” duty over and above his other statutory powers. Nor was there any conflict between the requirement for an initial assessment “as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken” in the *Guidelines Order*, and the remedial power under s. 6 of the *Navigable Waters Protection Act* to grant approval after the commencement of construction. That power, he held, is an exception to the general rule in s. 5 of the Act requiring approval prior to construction, and in exercising his discretion to grant approval after commencement, the Minister is not precluded from applying the *Guidelines Order*.

Stone J.A. next turned to the question whether the Minister of Fisheries and Oceans was compelled to apply the *Guidelines Order*. He first considered whether the Minister had been seized with a “proposal” as defined in the Act so as to make him subject to the *Guidelines Order*. He concluded in the affirmative. “Proposal”, in Stone J.A.’s view, is there used in a far broader sense than its ordinary meaning. In particular it is not limited to something in the nature of an application. An application is but one way in which an “initiative, undertaking or activity” can come to the attention of the Minister but it is not the only way. Another way is for an individual to request that the Minister take action under the appropriate statute, as was done here, and since the Minister was aware of an initiative within a federal area of responsibility, there was a “proposal” as defined in the *Guidelines Order*. Moreover, the Minister’s decision not to intervene constituted him as a “decision making

en considération les facteurs touchant la navigation. Il a conclu que le projet de barrage était visé par le *Décret sur les lignes directrices* et que le ministère des Transports était le «ministère responsable» aux fins de l’application de ce décret, ce qui en déclenchait l’application. Le juge Stone s’appuie ensuite sur l’arrêt *Fédération canadienne de la faune* pour déclarer que le *Décret sur les lignes directrices* est une règle d’application générale et qu’il impose au ministre une fonction qui «s’ajoute» à l’exercice des autres pouvoirs qui lui sont conférés par des lois. Il n’existe pas de conflit entre, d’une part, le fait d’exiger dans le *Décret sur les lignes directrices* qu’un examen soit effectué «le plus tôt possible au cours de l’étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables» et, d’autre part, le pouvoir de redressement permettant au ministre d’accorder une approbation après le début des travaux, en vertu de l’art. 6 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Selon le juge Stone, ce pouvoir constitue une exception à la règle générale énoncée à l’art. 5 de la Loi selon laquelle il faut obtenir une approbation avant le début de la construction et, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, rien n’empêche le ministre d’appliquer le *Décret sur les lignes directrices*.

Le juge Stone examine ensuite la question de savoir si le ministre des Pêches et des Océans était tenu d’appliquer le *Décret sur les lignes directrices*. Il tente tout d’abord de déterminer si le ministre était saisi d’une «proposition» au sens de la Loi de façon à déclencher l’application du *Décret sur les lignes directrices*. Il arrive à une conclusion affirmative. Selon le juge Stone, le terme «proposition» est un terme défini dont la portée est beaucoup plus large que sa portée courante. En particulier il n’est pas limité à quelque chose de la nature d’une demande. Une demande n’est qu’un moyen, parmi d’autres, d’attirer l’attention du ministre sur l’existence d’une «entreprise ou activité». Un ministre peut aussi être mis au courant par une démarche d’un particulier sollicitant des mesures spécifiques aux termes d’une loi, comme en l’espèce, et, puisque le ministre était au courant d’un projet dans un domaine de compétence fédérale, il existait une «proposition» au sens

authority” and thus triggered his obligations under the *Guidelines Order*.

Stone J.A. then dealt with the issue of discretion and reviewed the relevant principles which apply to an appellate court interfering with a trial judge’s exercise of discretion. Shortly put, such interference is not warranted absent a finding that the trial judge proceeded on an erroneous principle or a misapprehension of the facts, or where the order is not just and reasonable. Parenthetically, and by way of footnote, Stone J.A. was of the view that refusing to grant prerogative relief on the ground of delay was not “well-founded in principle”, because the delay was explained by the facts, especially that the respondent did not become aware of the approval granted by the Minister of Transport until only two months before the action was commenced. Further, the respondent was otherwise engaged in challenging the provincial licence issued, and it was not until the eve of this action that the Trial Division of the Federal Court handed down its decision in the *Canadian Wildlife* case holding that the *Guidelines Order* was binding on the Minister of the Environment.

As to the unnecessary duplication that could result from granting the relief sought, Stone J.A. found that the provincial environmental review process was deficient in two respects when contrasted with the environmental impact assessment required by the *Guidelines Order*. First, the provincial legislation did not place the same emphasis on public participation in the process as the *Guidelines Order*. Secondly, there was nothing in the provincial legislation requiring the same degree of independence of the review panel.

du *Décret sur les lignes directrices*. Par ailleurs, la décision du ministre de ne pas intervenir faisait de lui celui qui «exerce le pouvoir de décision», déclenchant ainsi ses obligations en vertu du <sup>a</sup> *Décret sur les lignes directrices*.

Le juge Stone examine ensuite la question du pouvoir discrétionnaire et analyse les principes pertinents applicables à une cour d’appel quant à la modification d’une décision rendue par un juge de première instance dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Bref, une cour d’appel ne serait pas justifiée de modifier en appel la décision, sauf si le juge de première instance a agi sur le fondement d’un principe erroné ou d’une appréciation fautive des faits ou si l’ordonnance prononcée n’est pas juste et raisonnable. Entre parenthèses, et dans la note en bas de page, le juge Stone se dit d’avis que la décision de refuser la délivrance du bref de prérogative parce que les procédures auraient été intentées trop tard n’est pas «bien fondée dans son principe», parce que les faits expliquent le retard, particulièrement que l’intimée n’a eu connaissance de la décision du ministre des Transports d’accorder l’approbation que deux mois avant le début des procédures. Par ailleurs, l’intimée avait tenté de contester le permis provincial délivré et ce n’est qu’à la veille du commencement des procédures que la Section de première instance de la Cour fédérale a décidé, dans l’affaire *Fédération canadienne de la faune*, que le ministre de l’Environnement était lié par le *Décret sur les lignes directrices*.

En ce qui concerne la répétition inutile à laquelle pourrait donner lieu l’octroi de la réparation demandée, le juge Stone a statué que le processus provincial d’examen en matière d’environnement échoue sous deux aspects lorsqu’on le compare au processus d’évaluation des incidences environnementales prévu dans le *Décret sur les lignes directrices*. Premièrement, les textes législatifs provinciaux n’accordent pas la même importance à la participation du public au processus que le *Décret sur les lignes directrices*. Deuxièmement, rien dans les textes législatifs provinciaux n’exige le même degré d’indépendance que celui qui est exigé de la commission d’examen.

The last issue addressed by Stone J.A. that has been raised in this appeal is whether the *Navigable Waters Protection Act* binds the Crown in right of Alberta. Referring to this Court's decision in *Alberta Government Telephones v. Canada* (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 S.C.R. 225, he held that the Act, especially s. 4 when read in context, evidenced an intention to bind the Crown. Furthermore, the purpose of the Act would be wholly frustrated if the Crown were not bound, it being well known that many obstructions placed in navigable waters are sponsored by government.

As a result the appeal was allowed, the approval was quashed and the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans ordered to comply with the *Guidelines Order*.

#### The Appeal to this Court

As earlier noted, leave to appeal to this Court was sought and granted, and the Chief Justice stated the following constitutional question on October 29, 1990:

Is the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867* and therefore constitutionally inapplicable to the Oldman River Dam owned by the appellant, Her Majesty the Queen in right of Alberta?

Interventions were then filed by the Attorneys General of Quebec, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Newfoundland and the Minister of Justice of the Northwest Territories, and a number of environmental groups, namely the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and the Alberta Wilderness Association, as well as several Indian organizations, namely, the National Indian Brotherhood and the Assembly of First Nations, the Dene Nation and the Metis Association of the

La dernière question analysée par le juge Stone et qui est aussi soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la *Loi sur la protection des eaux navigables* lie la Couronne du chef de l'Alberta. En se fondant sur la décision rendue par notre Cour dans *Alberta Government Telephones c. Canada* (*Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*), [1989] 2 R.C.S. 225, le juge Stone a statué que la Loi, tout particulièrement l'art. 4 examiné dans son contexte, permet de constater une intention de lier la Couronne. Par ailleurs, la Loi serait privée de toute efficacité si ses dispositions ne liaient pas la Couronne, puisqu'il est notoire qu'un grand nombre d'ouvrages obstruant des eaux navigables sont construits sous l'égide des gouvernements.

En conséquence, l'appel a été accueilli, l'approbation a été annulée et le ministre des Transports et celui des Pêches et des Océans ont été enjoins de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*.

#### Le pourvoi devant notre Cour

Comme je l'ai déjà mentionné, une autorisation de pourvoi a été demandée à notre Cour, qui l'a accordée, et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante le 29 octobre 1990:

Le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, est-il général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* et d'être, par conséquent, constitutionnellement inapplicable au barrage de la rivière Oldman appartenant à l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta?

Des interventions ont ensuite été déposées par les procureurs généraux du Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve, le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest et un certain nombre de groupes environnementaux, notamment le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), les Amis de la Terre et l'Alberta Wilderness Association, ainsi que par plusieurs organisations indiennes, notamment la Fraternité des Indiens du Canada et l'Assemblée

Northwest Territories, and the Native Council of Canada (Alberta).

des premières nations, la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest ainsi que le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

### Issues

The many issues arising in this appeal have been variously ordered by the parties in their written submissions, but I prefer to deal with them as follows:

a

### Les questions en litige

Les parties ont présenté de diverses façons dans leur mémoire les nombreuses questions soulevées dans le présent pourvoi, mais je préfère les analyser dans l'ordre suivant:

#### 1. Statutory Validity of the *Guidelines Order*

#### 1. La validité législative du *Décret sur les lignes directrices*

a. Is the *Guidelines Order* authorized by s. 6 of the *Department of the Environment Act*?

a. Le *Décret sur les lignes directrices* est-il autorisé par l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*?

b. Is the *Guidelines Order* inconsistent with the *Navigable Waters Protection Act* and the *Fisheries Act*?

b. Le *Décret sur les lignes directrices* est-il incompatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et la *Loi sur les pêches*?

#### 2. Obligation of the Ministers to Comply with the *Guidelines Order*

#### 2. L'obligation des ministres de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*

a. Does s. 4(1) of the *Department of the Environment Act* preclude the application of the *Guidelines Order* to the Ministers?

a. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* écarte-t-il l'application aux ministres du *Décret sur les lignes directrices*?

b. Does the *Guidelines Order* apply to projects other than new federal projects?

b. Le *Décret sur les lignes directrices* s'applique-t-il aux projets autres que les nouveaux projets fédéraux?

c. Are the Ministers "initiating departments"?

c. Les ministres sont-ils des «ministères responsables»?

d. Is the *Navigable Waters Protection Act* binding on the Crown in right of Alberta?

d. La *Loi sur la protection des eaux navigables* lie-t-elle la Couronne du chef de l'Alberta?

#### 3. Constitutional Question

#### 3. La question constitutionnelle

Is the *Guidelines Order* so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867* and therefore constitutionally inapplicable to the Oldman River Dam owned by Alberta?

Le *Décret sur les lignes directrices* est-il général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et d'être, par conséquent, constitutionnellement inapplicable au barrage de la rivière Oldman appartenant à l'Alberta?



## 4. Discretion

Did the Federal Court of Appeal err in interfering with the discretion of Jerome A.C.J. whereby he declined to grant the remedies sought?

*Statutory Validity of the Guidelines Order*

Is the Guidelines Order Authorized by s. 6 of the Department of the Environment Act?

The appellant Alberta argued that the *Guidelines Order* is *ultra vires* because it does not fall within the scope of the powers conferred under its enabling legislation, s. 6 of the *Department of the Environment Act*. For convenience, I shall repeat this provision:

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.

The principal ground on which it is contended that the *Guidelines Order* is invalid is that by using the term "guidelines" s. 6 does not empower the enactment of mandatory subordinate legislation, but instead only contemplates a purely administrative directive not intended to be legally binding on those to whom it is addressed. There is of course no doubt that the power to make subordinate legislation must be found within the four corners of its enabling statute, and it is there that one must turn to determine if the Act can support delegated legislation of a mandatory nature, the non-compliance with which can found prerogative relief.

This issue was addressed in *Canadian Wildlife, supra*. In that case the applicant challenged the issuance of a licence by the Minister of the Environment under the *International River Improvements Act* and sought an order in the nature of cer-

## 4. Le pouvoir discrétionnaire

La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision de refuser d'accorder les réparations demandées, prise par le juge en chef adjoint Jerome dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?

*La validité législative du Décret sur les lignes directrices*

Le Décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement?

L'appelante l'Alberta soutient que le *Décret sur les lignes directrices* est *ultra vires* parce qu'il n'est pas compris dans les pouvoirs prévus dans le texte habilitant, soit l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Par souci de commodité, je reproduis la disposition en question:

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.

Le principal motif invoqué à l'appui de la prétention que le *Décret sur les lignes directrices* n'est pas valide est que l'emploi du terme «directives» à l'art. 6 ne permet pas l'adoption de textes réglementaires impératifs, mais envisage seulement l'établissement de directives purement administratives qui ne visent pas à lier juridiquement ceux à qui elles s'adressent. Il n'y a pas de doute que le pouvoir d'adopter des textes réglementaires doit être prévu dans la loi habilitante et c'est celle-ci que l'on doit examiner pour déterminer si la Loi peut appuyer l'adoption d'un texte réglementaire impératif, dont la violation peut entraîner une demande de bref de prérogative.

Cette question a été analysée dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, précité. Dans cette affaire, la requérante contestait la délivrance d'un permis par le ministre de l'Environnement en vertu de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration*

*tiorari* quashing the licence, and mandamus requiring the Minister to comply with the *Guidelines Order*. In the Trial Division, Cullen J. found that the *Guidelines Order* is an enactment or regulation as defined in s. 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides:

2. (1) In this Act,

“enactment” means an Act or regulation or any portion of an Act or regulation;

“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council;

Cullen J. then concluded, at p. 322:

Therefore, EARP Guidelines Order is not a mere description of a policy or programme; it may create rights which may be enforceable by way of *mandamus* (see *Young v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 8 F.T.R. 218 (F.C.T.D.) at page 221).

In the Court of Appeal, Hugessen J.A. relied on both the English and French versions of s. 6 of the *Department of the Environment Act* to find that it was capable of supporting a power to enact binding subordinate legislation. “The word ‘guidelines’”, he stated, “in itself is neutral in this regard.” Turning then, to the question whether the Guidelines were so written as to make them mandatory, he observed, at pp. 73-74:

Finally, there is nothing in the text of the Guidelines themselves which indicates that they are not mandatory; on the contrary, the repeated use of the word “shall” . . . throughout, and particularly in ss. 6, 13 and 20, indicates a clear intention that the Guidelines shall bind all those to whom they are addressed, including the Minister of the Environment himself.

*des cours d'eau internationaux* et sollicitait une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant le permis, et un *mandamus* enjoignant au ministre de l'Environnement de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*. Le juge Cullen de la Section de première instance a statué que le *Décret sur les lignes directrices* est un texte ou un règlement au sens du par. 2(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985) ch. I-21:

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«règlement» Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris:

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité.

«texte» Tout ou partie d'une loi ou d'un règlement.

Le juge Cullen conclut à la p. 322:

Par conséquent, le Décret n'est pas un simple énoncé de politique ou de programme; il est susceptible de créer des droits qu'on peut faire respecter par voie de *mandamus* (voir *Young c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (1987), 8 F.T.R. 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 221).

En Cour d'appel, le juge Hugessen s'est fondé sur les versions française et anglaise de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* pour statuer que cette loi pouvait appuyer l'existence d'un pouvoir d'adopter un texte réglementaire impératif. «Le mot «directives» en lui-même, a-t-il précisé, est neutre à cet égard». Quant à la question de savoir si les Lignes directrices avaient été rédigées de façon à les rendre impératives, il écrit aux pp. 73 et 74:

En dernier lieu, rien dans les textes des Directives elles-mêmes n'indique qu'elles ne sont pas impératives; au contraire, l'emploi répété du verbe «shall» [. . .] dans la version anglaise des Directives, et particulièrement aux articles 6, 13 et 20, montre l'intention évidente que les Directives aient force obligatoire pour tous ceux qu'elles visent, y compris le ministre de l'Environnement lui-même.

I would agree with him on both points. The first question depends on legislative intent. The guidelines under the Act reviewed by this Court in the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, for example, were clearly mandatory in nature. I am satisfied that s. 6 of the Act can sustain the enactment of mandatory guidelines, and that the Guidelines as framed are mandatory in nature.

There is nothing here to indicate that the *Guidelines Order* is merely another form of administrative directive which cannot confer enforceable rights, as was the case in *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118. In *Martineau* the issue was whether a directive concerning the discipline of inmates, authorized by s. 29(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, was "law" within the wording of s. 28 of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and thus gave the Federal Court jurisdiction to review a disciplinary order made by the Board. This Court, by majority, held that the directive was not "law" within s. 28, Pigeon J. noting, at p. 129:

It is significant that there is no provision for penalty and, while they are authorized by statute, they are clearly of an administrative, not a legislative, nature. It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity. I have no doubt that he would have the power of doing it by virtue of his authority without express legislative enactment. [Emphasis added.]

There is little doubt that ordinarily a Minister has an implicit power to issue directives to implement the administration of a statute for which he is responsible; see for example *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. It is also clear that a violation of such directives will only give rise to administrative rather than judicial sanction because they do not have the full force of law.

Je suis d'accord avec lui sur ces deux points. La première question dépend de l'intention du législateur. Les lignes directrices, établies en vertu de la Loi que notre Cour a analysée dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, par exemple, étaient clairement impératives. Je suis convaincu que l'art. 6 de la Loi permet l'adoption de lignes directrices impératives et que les Lignes directrices sont formulées de façon à les rendre impératives.

En l'espèce, rien n'indique que le *Décret sur les lignes directrices* ne constitue qu'une autre forme de directive administrative qui ne peut établir de droits exécutoires, comme dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118. Dans cette affaire, la question était de savoir si l'on était «légalement» soumis, au sens de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, à une directive concernant les mesures disciplinaires prises contre les détenus, adoptée en vertu du par. 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6, de façon que la Cour fédérale avait compétence pour examiner une décision disciplinaire prononcée par le Comité. Notre Cour à la majorité a statué que la décision du comité ne se trouvait pas, au sens de l'art. 28, «légalement» soumise au processus prescrit par la directive. Le juge Pigeon indique à la p. 129:

Il est significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. [Je souligne.]

Il y a peu de doute qu'un ministre possède habituellement un pouvoir implicite d'établir des directives visant l'application d'une loi dont il est responsable; voir, par exemple, l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2. Il est également évident que la violation de ces directives ne donnerait lieu qu'à une sanction administrative et non judiciaire puisque celles-ci n'ont pas force de loi.

Here though we are dealing with a directive that is not merely authorized by statute, but one that is required to be formally enacted by "order", and promulgated under s. 6 of the *Department of the Environment Act*, with the approval of the Governor in Council. That is in striking contrast with the usual internal ministerial policy guidelines intended for the control of public servants under the minister's authority. To my mind this is a vital distinction. Its effect is thus described by R. Dussault and L. Borgeat in *Administrative Law* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 338-39:

When a government considers it necessary to regulate a situation through norms of behaviour, it may have a law passed or make a regulation itself, or act administratively by means of directives. In the first case, it is bound by the formalities surrounding the legislative or regulatory process; conversely, it knows that once these formalities have been observed, the new norms will come within a framework of "law" and that by virtue of the Rule of Law they will be applied by the courts. In the second case, that is, when it chooses to proceed by way of directives, whether or not they are authorized by legislation, it opts instead for a less formalized means based upon hierarchical authority, to which the courts do not have to ensure obedience. To confer upon a directive the force of a regulation is to exceed legislative intent. It is said that the Legislature does not speak without a purpose; its implicit wish to leave a situation outside the strict framework of "law" must be respected.

The word "guidelines" cannot be construed in isolation; s. 6 must be read as a whole. When so read it becomes clear that Parliament has elected to adopt a regulatory scheme that is "law", and thus amenable to enforcement through prerogative relief.

Alberta also argues that the *Guidelines Order* is *ultra vires* on the ground that the scope of the subject matter covered in the delegated legislation goes far beyond that authorized by the *Department of the Environment Act*. More specifically, it contends that the authority to establish guidelines for the purposes of carrying out the Minister's duties related to "environmental quality" does not comprehend a process of environmental impact assess-

Cependant, en l'espèce, il s'agit d'une directive qui n'est pas simplement autorisée par une loi, mais qui doit être officiellement adoptée par «arrêté» et promulguée en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre. À mon avis, il s'agit là d'une distinction essentielle. Voici comment R. Dussault et L. Borgeat décrivent l'effet de cette distinction dans *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1984), t. I, à la p. 429:

Lorsqu'un gouvernement juge nécessaire de régir une situation par des normes de comportement, il peut faire adopter une loi ou édicter lui-même un règlement, ou bien procéder administrativement par voie de directives. Dans le premier cas, il doit s'astreindre aux formalités de l'adoption des lois et des règlements; par contre, il sait que, une fois ces formalités respectées, les nouvelles normes entreront dans le cadre de la «légalité» et qu'en vertu de la *Rule of law* elles seront appliquées par les tribunaux. Dans le second cas, c'est-à-dire s'il choisit de procéder par directives, que celles-ci soient ou non autorisées législativement, il opte plutôt pour la voie moins formalisée de l'autorité hiérarchique, dont les tribunaux n'ont pas à assurer le respect. Attribuer à des directives l'effet de règlements, c'est aller au-delà de l'intention du législateur. Celui-ci ne parlant pas pour ne rien dire, il faut respecter sa volonté implicite de laisser une situation hors du cadre strict de la «légalité».

On ne doit pas examiner le terme «directives» en vase clos; il faut interpréter l'art. 6 dans son ensemble. On se rend alors compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis «légalement» et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative.

L'Alberta prétend également que le *Décret sur les lignes directrices* est *ultra vires* au motif que l'étendue du sujet traité dans la législation déléguée va bien au-delà de ce qui est autorisée par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Plus particulièrement, l'Alberta soutient que le pouvoir du ministre de prendre des directives au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la «qualité de l'environnement» ne comprend pas l'établissement

ment, such as found in the *Guidelines Order*, in which the decision maker is required to take into account socio-economic considerations. Rather, it is argued, the Act only permits the enactment of delegated legislation that is strictly concerned with matters relating to environmental quality as understood in a physical sense.

I cannot accept that the concept of environmental quality is confined to the biophysical environment alone; such an interpretation is unduly myopic and contrary to the generally held view that the "environment" is a diffuse subject matter; see *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. The point was made by the Canadian Council of Resource and Environment Ministers, following the "Brundtland Report" of the World Commission on Environment and Development, in the *Report of the National Task Force on Environment and Economy*, September 24, 1987, at p. 2:

Our recommendations reflect the principles that we hold in common with the World Commission on Environment and Development (WCED). These include the fundamental belief that environmental and economic planning cannot proceed in separate spheres. Long-term economic growth depends on a healthy environment. It also affects the environment in many ways. Ensuring environmentally sound and sustainable economic development requires the technology and wealth that is generated by continued economic growth. Economic and environmental planning and management must therefore be integrated.

Surely the potential consequences for a community's livelihood, health and other social matters from environmental change are integral to decision making on matters affecting environmental quality, subject, of course, to the constitutional imperatives, an issue I will address later.

I have therefore concluded that the *Guidelines Order* has been validly enacted pursuant to the

d'un processus d'évaluation des incidences environnementales, comme celui que prévoit le *Décret sur les lignes directrices*, dans l'exécution duquel le décideur doit tenir compte de facteurs socio-économiques. On fait valoir plutôt que la Loi permet seulement l'adoption de textes réglementaires qui visent strictement les questions portant sur la qualité de l'environnement, prise dans un sens physique.

Je ne puis accepter que le concept de la qualité de l'environnement se limite à l'environnement biophysique seulement; une telle interprétation est indûment étroite et contraire à l'idée généralement acceptée que l'«environnement» est un sujet diffus; voir l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. Ce point a été énoncé par le Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement, à la suite du «Rapport Brundtland» de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, dans le *Rapport du Groupe de Travail national sur l'environnement et l'économie*, 24 septembre 1987, à la p. 2:

Nos recommandations reflètent des principes que nous partageons avec la Commission mondiale sur l'environnement et le développement. Nous croyons notamment que la planification environnementale et la planification économique ne peuvent pas se faire dans des milieux séparés. La croissance économique à long terme dépend de l'environnement. Elle affecte aussi l'environnement de bien des façons. Pour assurer un développement économique durable et compatible avec l'environnement, nous avons besoin de la technologie et de la richesse produites par une croissance économique soutenue. La planification et la gestion de l'économie et de l'environnement doivent donc être intégrées.

Certes, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gagne-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement, sous réserve, bien entendu, des impératifs constitutionnels, question que j'examinerai plus loin.

Je conclus en conséquence que le *Décret sur les lignes directrices* a été validement adopté confor-

*Department of the Environment Act*, and is mandatory in nature.

Inconsistency With the *Navigable Waters Protection Act* and *Fisheries Act*

The appellants Alberta and the federal Ministers argue that the *Guidelines Order* is inconsistent with and therefore must yield to the requirements of the *Navigable Waters Protection Act* for obtaining an approval under s. 5 of that Act. Specifically, they say, the Minister of Transport is confined by the Act to a consideration of matters pertaining to marine navigation alone, and that the *Guidelines Order* cannot displace or add to the criteria mentioned in the Act. Alberta also submits that the *Guidelines Order* is similarly inconsistent with the *Fisheries Act*, but for the reasons set out later I do not find it necessary to address that issue.

The basic principles of law are not in doubt. Just as subordinate legislation cannot conflict with its parent legislation (*Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265), so too it cannot conflict with other Acts of Parliament (*R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), unless a statute so authorizes (*Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150). Ordinarily, then, an Act of Parliament must prevail over inconsistent or conflicting subordinate legislation. However, as a matter of construction a court will, where possible, prefer an interpretation that permits reconciliation of the two. "Inconsistency" in this context refers to a situation where two legislative enactments cannot stand together; see *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517. The rule in that case was stated in respect of two inconsistent statutes where one was deemed to repeal the other by virtue of the inconsistency. However, the underlying rationale is the same as where subordinate legislation is said to be inconsistent with another Act of Parliament—there is a presumption that the legislature did not intend to make or empower the making of contradictory enactments. There is also some doctrinal similarity to the principle of paramountcy in constitutional division of powers cases where incon-

mément à la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et qu'il est de nature impérative.

L'incompatibilité avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et la *Loi sur les pêches*

Les appelants, l'Alberta et les ministres fédéraux, prétendent que le *Décret sur les lignes directrices* est incompatible avec les exigences de la *Loi sur la protection des eaux navigables* pour ce qui est de l'obtention d'une approbation en vertu de l'art. 5 de cette loi et que celle-ci doit avoir préséance sur le *Décret*. Plus particulièrement, ils disent que le ministre des Transports ne peut, en vertu de la Loi, tenir compte que des facteurs touchant la navigation et que le *Décret sur les lignes directrices* ne peut remplacer les critères prévus dans la Loi ni ajouter à ceux-ci. L'Alberta soutient aussi que le *Décret sur les lignes directrices* est également incompatible avec la *Loi sur les pêches*; toutefois, pour les motifs exprimés plus loin, j'estime inutile d'analyser cette question.

On ne met pas en doute les principes fondamentaux du droit. Il ne peut y avoir incompatibilité entre le texte réglementaire et la loi en vertu duquel il est adoptée (*Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265), pas plus qu'il ne peut y en avoir avec les autres lois fédérales (*R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)); sauf si la loi l'autorise (*Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150). Normalement, la loi fédérale doit l'emporter sur le texte réglementaire incompatible. Toutefois, en matière d'interprétation, un tribunal préférera, dans la mesure du possible, une interprétation qui permet de concilier les deux textes. Dans ce contexte, l'«incompatibilité» renvoie à une situation où le texte législatif et le texte réglementaire ne peuvent être conciliés; voir l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517. Dans cette affaire, la règle a été énoncée à l'égard de deux lois incompatibles dont l'une était réputée abroger l'autre en raison de l'incompatibilité. Toutefois, la justification fondamentale est la même que dans le cas où le texte réglementaire serait incompatible avec une autre loi fédérale—il existe une présomption que le législateur n'a pas eu l'intention d'adopter des textes contradictoires ou d'habiliter quiconque à le faire. Il existe également une ressemblance doctri-

sistency has also been defined in terms of contradiction—i.e., “compliance with one law involves breach of the other”; see *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800.

The inconsistency contended for is that the *Navigable Waters Protection Act* implicitly precludes the Minister of Transport from taking into consideration any matters other than marine navigation in exercising his power of approval under s. 5 of the Act, whereas the *Guidelines Order* requires, at a minimum, an initial environmental impact assessment. The appellant Ministers concede that there is no explicit prohibition against his taking into account environmental factors, but argue that the focus and scheme of the Act limit him to considering nothing other than the potential effects on marine navigation. If the appellants are correct, it seems to me that the Minister would approve of very few works because several of the “works” falling within the ambit of s. 5 do not assist navigation at all, but by their very nature interfere with, or impede navigation, for example bridges, booms, dams and the like. If the significance of the impact on marine navigation were the sole criterion, it is difficult to conceive of a dam of this sort ever being approved. It is clear, then, that the Minister must factor several elements into any cost-benefit analysis to determine if a substantial interference with navigation is warranted in the circumstances.

It is likely that the Minister of Transport in exercising his functions under s. 5 always did take into account the environmental impact of a work, at least as regards other federal areas of jurisdiction, such as Indians or Indian land. However that may be, the *Guidelines Order* now formally mandates him to do so, and I see nothing in this that is inconsistent with his duties under s. 5. As Stone J.A. put it in the Court of Appeal, it created a duty which is “superadded” to any other statutory

nale avec le principe de la prépondérance dans les affaires de partage constitutionnel des compétences dans lesquelles l’incompatibilité a aussi été définie dans le sens de contradiction—c’est-à-dire lorsque le fait de [TRADUCTION] «se conformer à une loi signifie que l’on enfreint l’autre»; voir l’arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la p. 800.

L’incompatibilité invoquée est que la *Loi sur la protection des eaux navigables* empêche implicitement le ministre des Transports de tenir compte de facteurs autres que ceux touchant la navigation dans l’exercice de son pouvoir d’approbation en vertu de l’art. 5 de la Loi, alors que le *Décret sur les lignes directrices* exige tout au moins l’établissement d’une évaluation initiale des incidences environnementales. Les ministres appelants reconnaissent qu’il n’existe pas d’interdiction explicite de tenir compte des facteurs environnementaux, mais prétendent que l’objet et l’esprit de la Loi limitent le ministre des Transports à l’examen des effets possibles d’un ouvrage sur la navigation seulement. Si les appelants ont raison, il me semble que le ministre approuverait très peu d’ouvrages parce que plusieurs des «ouvrages» visés par l’art. 5 ne favorisent pas la navigation en tant que telle, mais la gênent plutôt, ou y font obstacle, en raison même de leur nature, par exemple, les ponts, les estacades, les barrages et autres choses du même genre. Si l’importance de l’incidence sur la navigation constituait le seul critère, il est difficile d’envisager l’approbation d’un barrage du même type que celui en l’espèce. Il est donc évident que le ministre doit tenir compte de plusieurs éléments dans toute analyse coûts-avantages visant à déterminer s’il est justifié dans les circonstances de gêner d’une façon importante la navigation.

Il se peut que le ministre des Transports dans l’exercice de ses fonctions en vertu de l’art. 5 ait toujours tenu compte de l’incidence environnementale d’un ouvrage, tout au moins en ce qui concerne d’autres domaines de compétence fédérale, comme les Indiens ou les terres indiennes. Bien que cela puisse être le cas, le *Décret sur les lignes directrices* exige officiellement qu’il le fasse et, je ne vois rien là d’incompatible avec les fonctions que lui attribue l’art. 5. Comme le juge Stone de la

power residing in him which can stand with that power. In my view the Minister's duty under the *Guidelines Order* is indeed supplemental to his responsibility under the *Navigable Waters Protection Act*, and he cannot resort to an excessively narrow interpretation of his existing statutory powers to avoid compliance with the *Guidelines Order*.

Section 8 of the *Guidelines Order* already recognizes that the environmental impact assessment thereunder will not apply where it would conflict with other statutory provisions. It reads:

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

A broad interpretation of the application of the *Guidelines Order* is consistent with the objectives stated in both the Order itself and its parent legislation—to make environmental impact assessment an essential component of federal decision making. A similar approach has been followed in the United States with respect to their *National Environmental Policy Act*. As Pratt J. put it in *Environmental Defense Fund, Inc. v. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), at p. 337:

NEPA does not supersede other statutory duties, but, to the extent that it is reconcilable with those duties, it supplements them. Full compliance with its requirements cannot be avoided unless such compliance directly conflicts with other existing statutory duties.

To hold otherwise would, in my view, set at naught the legislative scheme for the protection of the environment envisaged by Parliament in enacting

Cour d'appel l'a indiqué, le Décret a créé une fonction qui «s'ajoute» à tout autre pouvoir qui lui est conféré par des lois et qui n'entre pas en conflit avec ce pouvoir. À mon avis, la fonction confiée au ministre en vertu du *Décret sur les lignes directrices* vient en fait s'ajouter à la responsabilité qu'il a en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et il ne peut invoquer une interprétation trop étroite des pouvoirs qui lui sont conférés par des lois pour éviter de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*.

L'article 8 du *Décret sur les lignes directrices* reconnaît déjà que l'évaluation des incidences environnementales ne recevra pas application s'il est incompatible avec les dispositions d'autres textes législatifs.

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

Une interprétation libérale de l'application du *Décret sur les lignes directrices* est compatible avec les objectifs mentionnés à la fois dans le Décret et dans la loi en vertu de laquelle il a été adopté—faire de l'évaluation des incidences environnementales un élément essentiel de la prise de décisions fédérales. Une analyse similaire a été adoptée aux États-Unis relativement à la *National Environmental Policy Act*. Comme l'affirme le juge Pratt dans l'arrêt *Environmental Defense Fund, Inc. c. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), à la p. 337:

[TRADUCTION] La *National Environmental Policy Act* ne l'emporte pas sur les autres fonctions conférées par des lois mais, dans la mesure où cette loi est conciliable avec ces fonctions, elle vient les compléter. On ne peut éviter de se conformer pleinement aux exigences de cette loi, sauf si la conformité entrerait directement en conflit avec d'autres fonctions existantes conférées par des lois.

Toute autre interprétation ne tiendrait pas compte, à mon avis, du régime législatif de protection de l'environnement envisagé par le législateur lors-



the *Department of the Environment Act*, and in particular s. 6.

Nor do I think s. 3 of the *Guidelines Order*, which requires that the assessment process be initiated "as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken", is in any way inconsistent with s. 6 of the *Navigable Waters Protection Act*. Section 6 is largely concerned with empowering the Minister to remove or take other remedial action in relation to works constructed without complying with s. 5, but the appellants draw attention to s. 6(4) which permits the Minister to approve of a work that has already been built. On this point, I am in complete agreement with Stone J.A. where, at p. 41, he stated:

As I see it, the provisions of section 6 of that Act pertain to the remedial powers of the Minister in deciding what action he might take in the event of a failure to secure a section 5 approval prior to the commencement of construction. Subsection (4) thereof is an exception to the general rule, is entirely discretionary and clearly subservient to the fundamental requirement set out in paragraph 5(1)(a) that an approval be obtained prior to the commencement of construction. Nor can I see anything in the *Guidelines Order* that would prevent the Minister from complying with its terms to the fullest extent possible in exercising his discretion under subsection 6(4) of the *Navigable Waters Protection Act*. That being so, I can find no inconsistency or conflict between these two pieces of federal legislation.

It is thus clear to me that the *Guidelines Order* not only falls within the powers given by the *Department of the Environment Act*, but is completely consistent with the *Navigable Waters Protection Act*. It therefore falls to be decided whether the Order applies in the instant case.

qu'il a adopté la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, et, plus particulièrement, l'art. 6.

a Je ne crois pas non plus que l'art. 3 du *Décret sur les lignes directrices*, qui exige que l'évaluation soit réalisée «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables», soit d'une façon quelconque incompatible avec l'art. 6 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. L'article 6 vise principalement à habiliter le ministre qui constate qu'un ouvrage a été construit sans qu'aient été respectées les exigences de l'art. 5 à prendre des mesures pour le faire détruire ou toute autre mesure de redressement nécessaire; toutefois, les appelants ont attiré notre attention sur le par. 6(4) qui habilite le ministre à approuver un ouvrage qui a déjà été construit. Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec le juge Stone de la Cour d'appel, qui mentionne à la p. 41:

e À mon avis, les dispositions de l'article 6 de la *Loi* concernent les pouvoirs de redressement que détient le ministre lorsqu'il détermine les mesures qu'il pourrait prendre advenant un défaut d'obtenir une approbation conformément à l'article 5 avant le début de la construction. Le pouvoir prévu au paragraphe (4) de l'article 6 constitue une exception à la règle générale; il est entièrement discrétionnaire et se trouve clairement subordonné à l'exigence fondamentale de l'alinéa 5(1)a) selon laquelle une approbation doit être obtenue avant le début de la construction. Je suis également incapable de trouver dans le *Décret sur les lignes directrices* une disposition qui empêcherait le ministre de se conformer à ses prescriptions dans toute la mesure du possible lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire sous le régime du paragraphe 6(4) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cela étant, je ne puis conclure à aucune incompatibilité et à aucun conflit entre ces deux textes de la législation fédérale.

i Il me paraît donc évident non seulement que le *Décret sur les lignes directrices* s'inscrit dans le cadre des pouvoirs conférés par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, mais qu'il est entièrement compatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Il faut donc se demander si le *Décret* s'applique en l'espèce.

*Obligation of the Ministers to Comply with the Guidelines Order*

*L'obligation des ministres de se conformer au Décret sur les lignes directrices*

Section 4(1) of the *Department of the Environment Act*

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*

Section 4(1)(a) of the *Department of the Environment Act* reads as follows:

Voici le texte de l'al. 4(1)a) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

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

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

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;

Alberta contends that by restricting the Minister of the Environment's jurisdiction to "matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada" (emphasis added), s. 4 has rendered the *Guidelines Order* inoperative in the present case. Because the *Fisheries Act* regulates the management of Canada's fisheries resource, it is argued, the Minister of the Environment's jurisdiction has been ousted in respect of all matters affecting fish habitat. This argument can be dealt with shortly. Its premise entirely misapprehends the "matters" covered by the respective pieces of legislation. The *Guidelines Order* establishes an environmental assessment process for use by all federal departments in the exercise of their powers and the performance of their duties and functions, whereas the *Fisheries Act* embraces the substantive matter of protecting fish and fish habitat. There is, of course, a connection between the two, but the crucial difference is that one is fundamentally procedural while the other is substantive in nature. Again, the approach suggested by the appellants would make the power given by s. 6 of the *Department of the Environment Act* virtually meaningless.

L'Alberta prétend qu'en restreignant la compétence du ministre de l'Environnement aux «domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux» (je souligne), l'art. 4 rend le *Décret sur les lignes directrices* inopérant en l'espèce. Parce que la *Loi sur les pêches* régleme la gestion des ressources halieutiques du Canada, on soutient que la compétence du ministre de l'Environnement a été écartée à l'égard de toutes les questions concernant l'habitat du poisson. Cet argument peut être tranché rapidement. Il est fondé sur une interprétation tout à fait erronée des «domaines» visés par les divers textes législatifs. Le *Décret sur les lignes directrices* établit une méthode d'évaluation des incidences environnementales à l'intention de tous les ministères fédéraux dans l'exercice de leurs pouvoirs et dans l'exécution de leurs obligations et fonctions, alors que la *Loi sur les pêches* traite de la question de fond de la protection du poisson et de son habitat. Il existe certes un lien entre les deux, mais la différence essentielle est que l'une porte fondamentalement sur la procédure, alors que l'autre porte sur le fond. L'analyse proposée par les appelants rendrait pratiquement vide de sens le pouvoir conféré par l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*.

New Federal Projects

Les nouveaux projets fédéraux

Alberta next takes issue with the purported application of the *Guidelines Order* to proposals

L'Alberta s'attaque ensuite à la prétendue application du *Décret sur les lignes directrices* à des

other than "new federal projects, programs and activities" mentioned in s. 5(a)(ii) of the *Department of the Environment Act*. That provision reads:

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

(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 . . . [Emphasis added.]

The wording of that subparagraph, it is argued, is determinative of Parliament's intention to restrict the scope of the *Guidelines Order* to new federal projects, and consequently cannot apply to any project that is provincially sponsored. Here again, as I see it, Alberta seeks to place an unduly narrow construction on the extent of the Minister of the Environment's duties and functions under s. 6 of the Act. The *Guidelines Order* was enacted under s. 6, not s. 5, and the powers, duties and functions of the Minister there referred to encompass matters found in s. 4 as well as s. 5, including, *inter alia*, "the preservation and enhancement of the quality of the natural environment" (s. 4(1)(a)). Section 6 is thus not confined to new projects, programs and activities. Section 5 merely defines the Minister's minimum duties under s. 4. Section 4 is much broader. It is there that one finds the true range of the Minister's duties and functions related to environmental quality for which guidelines may be established.

#### Initiating Departments

Central to the arguments of the appellant Ministers is whether the *Guidelines Order* by its own terms has any application to the Oldman River

propositions autres que les «nouveaux projets, programmes et activités fédéraux» visés au sous-al. 5a)(ii) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

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:

(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 . . . [Je souligne.]

On soutient que le libellé de ce sous-alinéa permet d'établir que le législateur avait l'intention de restreindre l'application du *Décret sur les lignes directrices* aux nouveaux projets fédéraux et que celui-ci ne saurait en conséquence s'appliquer à un projet parrainé par une province. À mon avis, l'Alberta cherche encore ici à interpréter d'une façon trop étroite l'étendue des fonctions du ministre de l'Environnement en vertu de la l'art. 6 de la Loi. Le *Décret sur les lignes directrices* a été adopté en vertu de l'art. 6 et non de l'art. 5 et les pouvoirs et fonctions du ministre qui y sont mentionnés visent à englober des domaines qu'on trouve à l'art. 4 ainsi qu'à l'art. 5, y compris: «la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement» (al. 4(1)a)). L'article 6 n'est donc pas limité aux nouveaux projets, programmes et activités. L'article 5 ne fait que décrire les fonctions minimales du ministre en vertu de l'art. 4, lequel est beaucoup plus vaste. C'est là que l'on trouve la véritable gamme des fonctions du ministre en matière de qualité de l'environnement relativement à laquelle des directives peuvent être établies.

#### Les ministères responsables

Au cœur des moyens invoqués par les ministres appelants est la question de savoir si le *Décret sur les lignes directrices*, de par son libellé, est appli-

Dam project. That question was not addressed by Alberta, and the Ministers concede that the Minister of Transport is an "initiating" department but argue that the *Guidelines Order* is inconsistent with and thus cannot stand with the *Navigable Waters Protection Act*. I have found the two enactments compatible for reasons already given, so there remains no issue between the parties that the provisions of the *Guidelines Order* govern the Minister of Transport. For the Minister of Fisheries and Oceans, it is argued that he is not bound to invoke the *Guidelines Order* in the instant case because he does not have "decision making authority" pursuant to the relevant provisions of the *Fisheries Act*. Because the matter of the *Guidelines Order's* application was the subject of profound disagreement in the courts below, I feel that it is necessary to first consider the terms of the *Guidelines Order* to construe its general application provisions.

The starting point, in my view, must be s. 6 of the *Guidelines Order* which sets out its governing principle of application. It bears repeating here:

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada. [Emphasis added.]

There can be no serious doubt that the Oldman River Dam project may have an environmental effect on an area of federal responsibility, including the matters falling within s. 91 of the *Constitution Act, 1867* already identified—i.e., navigation, Indians, lands reserved for the Indians and inland fisheries. Thus, the *Guidelines Order*

cable au projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman. L'Alberta n'a pas soulevé cette question et les ministres reconnaissent que le ministre des Transports est un ministère «responsable» mais ils soutiennent que le *Décret sur les lignes directrices* est incompatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et ne peut recevoir application. J'ai conclu que les deux textes sont compatibles pour les motifs déjà énoncés; il n'existe donc plus de controverse entre les parties quant à savoir si le ministre des Transports est régi par les dispositions du *Décret sur les lignes directrices*. En ce qui concerne le ministre des Pêches et des Océans, on soutient qu'il n'est pas tenu d'invoquer l'application du *Décret sur les lignes directrices* en l'espèce parce qu'il n'exerce pas un «pouvoir de décision» conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêches*. Puisque la question de l'application du *Décret sur les lignes directrices* a donné lieu à un profond désaccord devant les tribunaux d'instance inférieure, j'estime nécessaire d'analyser tout d'abord le *Décret sur les lignes directrices* pour interpréter les dispositions qui en déterminent l'application.

À mon avis, le point de départ est l'art. 6 du *Décret sur les lignes directrices* qui énonce son principe d'application. Il vaut la peine de le reproduire de nouveau:

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou

d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer. [Je souligne.]

On ne peut sérieusement mettre en doute que le projet de barrage sur la rivière Oldman peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, notamment les domaines visés par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* déjà mentionnés, soit la navigation, les Indiens, les terres réservées aux Indiens et les

applies if the project here is a "proposal" within the meaning of s. 2, which defines that term as follows:

2. In these Guidelines,

"proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility. [Emphasis added.]

If there is such a proposal, the *Guidelines Order* under ss. 3 and 10 allocates responsibility for the application of the process to the "initiating department" to ensure that it fully considers the environmental implications of a proposal properly before it and subjects such proposal to an initial assessment to determine whether there may be any potentially adverse environmental effects from it. The entity designated as an "initiating department" is also defined by s. 2. It provides that an:

2. In these Guidelines,

"initiating department" means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal; [Emphasis added.]

It has been argued that the definite article "the" in the definition of "initiating department", as contrasted with the indefinite article "a" used in the definition of "proposal", may evince an intention to narrow the scope of the application of the *Guidelines Order* to projects where the federal government is the predominant or sole decision-making authority; see for example C. J. Gillespie, "Enforceable Rights from Administrative Guidelines?" (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204. I do not agree. As I see it, the only consequence of shifting from the indefinite in "proposal" to the definite in "initiating department" is to designate the particular emanation of the Government of Canada that is charged with the implementation of the *Guidelines*

pêcheries de l'intérieur. En conséquence, le *Décret sur les lignes directrices* s'applique si le projet en l'espèce constitue une «proposition» au sens de l'art. 2:

<sup>a</sup> 2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

<sup>b</sup> «proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. [Je souligne.]

Si une telle proposition existe, les art. 3 et 10 du *Décret sur les lignes directrices* confient l'application de la méthode d'évaluation au «ministère responsable», qui doit s'assurer d'une part, d'examiner à fond les répercussions environnementales de toute proposition dont il est saisi et d'autre part, de soumettre cette proposition à une évaluation initiale afin de déterminer la nature des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement. L'article 2 définit aussi l'entité désignée comme «ministère responsable»:

<sup>e</sup> 2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

<sup>f</sup> «ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition. [Je souligne.]

<sup>g</sup> On soutient que, dans la version anglaise, l'emploi de l'article défini «*the*» dans la définition de «*initiating department*», par opposition à l'emploi de l'article indéfini «*a*» dans la définition du terme «*proposal*», peut indiquer une intention de limiter l'application du *Décret sur les lignes directrices* aux projets sur lesquels le gouvernement fédéral exerce le principal ou le seul pouvoir de décision; voir, par exemple, C. J. Gillespie, «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?» (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation. À mon avis, la seule conséquence qu'entraîne le fait de passer de l'emploi de l'article indéfini dans la définition du terme «*proposal*» à celui de l'article défini dans la définition de «*initiating department*» est de désigner de façon précise, une fois établi que le gouverne-

*Order* once it has been determined that the federal government has a decision-making responsibility.

In *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410 (C.A.), Décary J.A. adopted a similar approach to construing the *Guidelines Order* but in a different context. There the issue was whether the *Guidelines Order* applied to an order in council issued by the Governor in Council under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), which required VIA Rail to eliminate or reduce certain passenger services. Although the case turned on the narrow issue of whether the *Guidelines Order* was binding on the Governor in Council, which does not arise here, and Décary J.A. was dissenting on this point, his overall analysis of the application of the *Guidelines Order* is helpful where he stated, at p. 434:

The emphasis has been put by the learned Trial Judge and by the respondents on the words "initiating department" which relate to the administration of the Guidelines. I would rather put the emphasis on the words "proposal" and "Government of Canada", which relate to the "application" of the Guidelines. There is no requirement, in the definition of "proposal", that it be made by an initiating department within the meaning of the Guidelines. The intention of the drafter seems to be that whenever there is an activity that may have an environmental effect on an area of federal responsibility and whoever the decision-maker may be on behalf of the Government of Canada, be it a department, a Minister, the Governor in Council, the Guidelines apply and it then becomes a matter of practical consideration, when the final decision-maker is not a department, to find which department or Minister is the effective original decision-maker or the effective decision-undertaker, for there is always a department or a Minister involved "in the planning process" and "before irrevocable decisions are taken" or in the "direct undertaking" of a proposal.

Since the issue does not arise, I do not wish to comment on the application of the *Guidelines Order* to the Governor in Council, but the forego-

ment fédéral participe à la prise de décisions, l'autorité particulière au sein du gouvernement du Canada qui sera responsable de la mise en œuvre du *Décret sur les lignes directrices*.

Dans l'arrêt *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.), le juge Décary a adopté une analyse similaire relativement à l'interprétation du *Décret sur les lignes directrices*, mais dans un contexte différent. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le *Décret sur les lignes directrices* s'appliquait à un décret pris par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3<sup>e</sup> suppl.), qui ordonnait à VIA Rail d'éliminer ou de réduire certains services voyageurs. Bien que cette affaire ait porté sur la question précise de savoir si le gouverneur en conseil était tenu de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*, ce qui n'est pas soulevé en l'espèce, et que le juge Décary ait été dissident sur ce point, l'analyse globale qu'il fait, à la p. 434, de l'application du *Décret sur les lignes directrices* est utile:

Le juge de première instance et les intimés ont mis l'accent sur les mots «ministère responsable» qui ont trait à l'administration des Lignes directrices. Je mettrais plutôt l'accent sur les mots «proposition» et «gouvernement du Canada» qui ont trait au «champ d'application» des Lignes directrices. Rien n'exige dans la définition du mot «proposition» que celle-ci soit faite par un ministère responsable, au sens des Lignes directrices. L'intention du rédacteur semble être que les Lignes directrices doivent s'appliquer chaque fois qu'une activité peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale et quel que soit le preneur de décision au nom du gouvernement, qu'il s'agisse d'un ministère, d'un ministre ou du gouverneur en conseil, et cela devient alors une question purement pratique, lorsque le preneur de décision ultime n'est pas un ministère, de déterminer quel ministère ou ministre est le preneur de décision originel ou celui qui va effectivement mettre la décision à exécution, car il se trouve toujours un ministère ou un ministre qui est présent «à l'étape de planification» et «avant» que ne soient prises «des décisions irrévocables» ou qui voit à la «réalisation directe» de la proposition.

Puisque cette question n'est pas soulevée, je ne vois pas l'intérêt de faire des observations sur l'application au gouverneur en conseil du *Décret sur*

ing passage does capture the essence of its framework.

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

*les lignes directrices*; toutefois, le passage précité permet de bien saisir l'essence de son application.

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 à 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) 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.

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

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.

a

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.

b

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.

c

d

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».

e

f

g

h

i

j

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



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 legislative 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

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, 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 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 réglemen-

for mandamus to compel the Minister to act is well founded.

### Crown Immunity

Alberta takes the position that even if the *Guidelines Order* could be said to apply to the project in its own terms, the Crown in right of Alberta is not bound by the *Navigable Waters Protection Act* and hence there can be no “decision making responsibility” on the part of the Government of Canada within the meaning of the *Guidelines Order* which could affect the province. The appellant Ministers agree that the Act is not binding on the Crown in right of a province, but argue that Alberta has waived its immunity by making application for approval under the Act.

The starting point on this issue is s. 17 of the *Interpretation Act* which codifies the presumption that the Crown is not bound by statute:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

It is agreed by all concerned that there are no express words in the *Navigable Waters Protection Act* binding the Crown, and it therefore remains to be decided whether the Crown is bound by necessary implication.

It is helpful to turn first to the common law. The leading case is the Privy Council decision in *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58. The issue there was whether the province of Bombay was exempt from the *City of Bombay Municipal Act*, 1888, which conferred power on the city to lay water-mains “into, through or under any land whatsoever within the city”. The province owned land under which it was proposed to lay a water-main and it objected to the city's plans, unless the city complied with certain conditions which the city found unacceptable. Although there were no express words in the statute binding the Crown, the High Court of Bombay held that the Crown was bound by necessary implication

tation. Pour ce motif, je ne crois pas que la demande de bref de *mandamus* visant à forcer le ministre à agir soit bien fondée.

### <sup>a</sup> L'immunité de la Couronne

<sup>b</sup> Selon l'Alberta, même si on pouvait dire que le *Décret sur les lignes directrices* s'applique de lui-même au projet, la Couronne du chef de l'Alberta n'est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Dès lors, la participation «à la prise de décisions», au sens du *Décret sur les lignes directrices*, par le gouvernement du Canada, ne saurait avoir une incidence sur la province. Les ministres appelants conviennent que la Loi ne lie pas la Couronne du chef d'une province, mais prétendent que l'Alberta a renoncé à cette immunité en présentant une demande d'approbation en vertu de la Loi.

<sup>d</sup> Le point de départ de cet argument est l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* qui codifie la présomption que la Couronne n'est pas liée par un texte législatif.

<sup>e</sup> 17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

<sup>f</sup> Toutes les parties intéressées reconnaissent que la *Loi sur la protection des eaux navigables* ne prévoit pas expressément qu'elle lie la Couronne; il reste donc à déterminer si la Couronne est liée par déduction nécessaire.

<sup>g</sup> Il est utile d'examiner tout d'abord la situation en common law. L'arrêt de principe en la matière est *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58, rendu par le Conseil privé. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la province de Bombay était exemptée de l'application de la *City of Bombay Municipal Act*, 1888, laquelle conférait à la ville le pouvoir d'installer des conduites d'eau [TRADUCTION] «sur, à travers ou sous tout bien-fonds situé à l'intérieur des limites de la ville». La province était propriétaire d'un bien-fonds sous lequel on se proposait d'installer une conduite d'eau et elle s'opposait aux plans de la ville, sauf si celle-ci acceptait de se conformer à certaines conditions, jugées inaccep-

because the statute "cannot operate with reasonable efficiency unless the Crown is bound".

The Privy Council agreed that the rule of Crown immunity admitted of at least one exception, necessary implication. Lord du Parc explained the exception as follows, at p. 61:

If, that is to say, it is manifest from the very terms of the statute, that it was the intention of the legislature that the Crown should be bound, then the result is the same as if the Crown had been expressly named. It must then be inferred that the Crown, by assenting to the law, agreed to be bound by its provisions.

Their Lordships then went on to consider the argument, supported by some early authority, that a statute enacted for the public good must be held to bind the Crown, because the Act was manifestly intended to secure the public welfare. That contention was rejected on the simple ground that all statutes are presumptively for the public good. That, however, did not necessarily mean that the purpose of an enactment is altogether irrelevant. At page 63, it is stated:

Their Lordships prefer to say that the apparent purpose of the statute is one element, and may be an important element, to be considered when an intention to bind the Crown is alleged. If it can be affirmed that, at the time when the statute was passed and received the royal sanction, it was apparent from its terms that its beneficent purpose must be wholly frustrated unless the Crown were bound, then it may be inferred that the Crown has agreed to be bound.

As I mentioned in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at p. 1022, some doubt was expressed in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, and *Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61 (cf. *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568), as to whether the necessary implication exception survived the 1967 revision of what is now s. 17 of the *Interpretation Act*. There may also have been room for doubt as

tables par la ville. Même si le texte législatif ne renfermait pas de dispositions expresses liant la Couronne, la Haute Cour de Bombay a statué que la Couronne était liée par déduction nécessaire parce que la loi [TRADUCTION] «ne peut avoir une efficacité raisonnable si elle ne lie pas la Couronne».

Le Conseil privé a reconnu que la règle de l'immunité de la Couronne souffre au moins une exception, la déduction nécessaire. Lord du Parc explique cette exception, à la p. 61:

[TRADUCTION] C'est-à-dire que, s'il ressort du texte même de la Loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée. Il faut donc en déduire que la Couronne, en promulguant la loi, a accepté d'être liée par ses dispositions.

Leurs Seigneuries ont ensuite analysé l'argument, fondé sur une jurisprudence antérieure, qu'une loi adoptée pour le bien public doit recevoir une interprétation qui lie la Couronne parce que cette loi vise manifestement à garantir le bien-être public. Cette prétention a été rejetée pour le simple motif que toutes les lois sont présumées être adoptées pour le bien public. Toutefois, cela ne signifiait pas nécessairement que l'objet d'un texte législatif ne présente aucune pertinence (à la p. 63):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries préfèrent dire que l'objet apparent de la loi constitue un élément, et peut être un élément important, à examiner lorsque l'on prétend que l'intention était de lier la Couronne. Si l'on peut affirmer qu'au moment où la Loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son texte qu'elle serait privée de toute efficacité si elle ne liait pas la Couronne, on peut déduire que la Couronne a accepté d'être liée.

Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, à la p. 1022, certains doutes ont été exprimés dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, et dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61 (cf. *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568), quant à savoir si l'exception de la déduction nécessaire survivait à la révision de ce qui est

to whether the “wholly frustrated” test articulated in *Bombay* was determinative in finding the Crown bound by necessary implication. Professor Hogg in his text *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), argues that the necessary implication exception set out at the beginning of *Bombay* refers to a contextual analysis of the statute whereby one may discern an intention to bind the Crown by logical implication, and is thus a different species of necessary implication from that which arises when the purpose of the statute is wholly frustrated. He states, at p. 210:

What is contemplated in this passage is that a statute, while lacking an express statement that the Crown is bound, may contain references to the Crown or to governmental activity which make no sense unless the Crown is bound. If these textual indications are sufficiently clear, the courts will hold that the presumption is rebutted and the Crown is bound.

However, any uncertainty in the law on these points was put to rest by this Court’s recent decision in *Alberta Government Telephones*, *supra*. After reviewing the authorities, Dickson C.J. concluded, at p. 281:

In my view, in light of *PWA* and *Eldorado*, the scope of the words “mentioned or referred to” must be given an interpretation independent of the supplanted common law. However, the qualifications in *Bombay*, *supra*, are based on sound principles of interpretation which have not entirely disappeared over time. It seems to me that the words “mentioned or referred to” in s. 16 [now s. 17 of the *Interpretation Act*] are capable of encompassing: (1) expressly binding words (“Her Majesty is bound”); (2) a clear intention to bind which, in *Bombay* terminology, “is manifest from the very terms of the statute”, in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions, as in *Ouellette*, *supra*; and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be “wholly frustrated” if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a

maintenant l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*, effectuée en 1967. On aurait également pu se demander si le critère de l’absence de toute efficacité de la loi énoncé dans l’arrêt *Bombay* était déterminant dans la décision que la Couronne était liée par déduction nécessaire. Le professeur Hogg dans son ouvrage intitulé *Liability of the Crown* (2<sup>e</sup> éd. 1989) soutient que l’exception de la déduction nécessaire énoncée au début de l’arrêt *Bombay* renvoie à une analyse contextuelle de la loi au terme de laquelle on peut dégager une intention de lier la Couronne par déduction logique; il s’agit donc là d’une espèce différente de déduction nécessaire de celle qui existe lorsque l’objet de la loi serait privé de toute efficacité. Il affirme à la p. 210:

[TRADUCTION] Ce qui est envisagé dans ce passage est qu’une loi, en l’absence de termes qui lient expressément la Couronne, peut contenir des renvois à la Couronne ou à une activité gouvernementale, qui n’auraient aucun sens sauf si la Couronne était liée. Si ces indications dans le texte sont suffisamment claires, les tribunaux concluront que la présomption a été réfutée et que la Couronne est liée.

Toutefois, notre Cour a dissipé toute incertitude quant à la situation du droit dans l’arrêt récent *Alberta Government Telephones*, précité. Après une analyse de la jurisprudence, le juge en chef Dickson conclut à la p. 281:

À mon avis, compte tenu des affaires *PWA* et *Eldorado*, la portée des termes «mentionnée ou prévue» doit s’interpréter indépendamment de la règle de *common law* supplannée. Toutefois, les réserves exprimées dans l’arrêt *Bombay*, précité, sont fondées sur de bons principes d’interprétation que le temps n’a pas complètement effacés. Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l’art. 16 [maintenant l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*] peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l’arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d’autres termes, une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d’autres dispositions, comme dans l’arrêt *Ouellette*, précité; et (3) une intention de lier lorsque l’objet de la loi serait «privé [...] de toute efficacité» si l’État n’était pas lié ou, en d’autres termes, s’il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lors-

guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

In my view, this passage makes it abundantly clear that a contextual analysis of a statute may reveal an intention to bind the Crown if one is irresistibly drawn to that conclusion through logical inference.

That analysis however cannot be made in a vacuum. Accordingly, the relevant "context" should not be too narrowly construed. Rather the context must include the circumstances which led to the enactment of the statute and the mischief to which it was directed. This view is consistent with the reasoning in *Bombay* as is evident from the passages quoted above where the test for necessary implication is expressed in terms of the time of enactment. In fact the approach taken by the High Court of Bombay in that case was criticized by the Privy Council for that very reason, at p. 62:

Even if the High Court were correct in its interpretation of the principle, its method of applying it would be open to the objection that regard should have been had, not to the conditions which it found to be in existence many years after the passing of the Act, but to the state of things which existed, or could be shown to have been within the contemplation of the legislature, in the year 1888.

I begin then by examining the circumstances that existed when the legislation was first enacted, bearing in mind that the general subject matter of the statute concerns navigation.

In so doing, it is useful to return to some of the fundamental principles of water law in this area, particularly those pertaining to navigable waters. It is important to recall that the law of navigation in Canada has two fundamental dimensions—the ancient common law public right of navigation and the constitutional authority over the subject matter of navigation—both of which are necessarily inter-related by virtue of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* which assigns exclusive legislative authority over navigation to Parliament.

qu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

À mon avis, ce passage fait clairement ressortir qu'une analyse du contexte d'une loi peut révéler une intention de lier la Couronne si cette conclusion s'impose immanquablement par déduction logique.

On ne doit cependant pas effectuer cette analyse dans l'abstrait. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter le «contexte» pertinent de façon trop restreinte. Le contexte doit plutôt englober les circonstances qui ont donné lieu à l'adoption de la loi et la situation qu'elle voulait corriger. Ce point de vue est compatible avec le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Bombay* comme l'indiquent les passages susmentionnés dans lesquels le critère de la déduction nécessaire est exprimé par rapport au moment de l'adoption de la loi. En fait, l'analyse adoptée par la Haute Cour de Bombay a été critiquée par le Conseil privé pour ce motif même, à la p. 62:

[TRADUCTION] Même si la Haute Cour a interprété correctement le principe, sa façon de l'appliquer permet de soulever l'objection qu'elle aurait dû tenir compte non pas des conditions qui ont existé pendant de nombreuses années après l'adoption de la Loi, mais de l'état de chose qui existait en 1888 ou que la législature aurait pu prévoir.

J'examinerai tout d'abord les circonstances qui existaient au moment de l'adoption de la loi, en tenant compte du fait que le sujet général de la loi porte sur la navigation.

Ce faisant, il est utile de passer en revue certains des principes fondamentaux du droit maritime dans ce domaine, notamment ceux qui se rapportent aux eaux navigables. Il importe de se rappeler que le droit de la navigation au Canada comporte deux dimensions fondamentales—l'ancien droit public de navigation de la common law et la compétence constitutionnelle sur la navigation—qui sont nécessairement interdépendantes en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère au Parlement une compétence législative exclusive sur la navigation.

The common law of England has long been that the public has a right to navigate in tidal waters, but though non-tidal waters may be navigable in fact the public has no right to navigate in them, subject to certain exceptions not material here. Except in the Atlantic provinces, where different considerations may well apply, in Canada the distinction between tidal and non-tidal waters was abandoned long ago; see *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; for a summary of the cases, see my book on *Water Law in Canada* (1973), at pp. 178-80. Instead the rule is that if waters are navigable in fact, whether or not the waters are tidal or non-tidal, the public right of navigation exists. That is the case in Alberta where the Appellate Division of the Supreme Court, applying the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, rightly held in *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, that the English rule was not suitable to the conditions of the province. There is no issue between the parties that the Oldman River is in fact navigable.

The nature of the public right of navigation has been the subject of considerable judicial comment over time, but certain principles have held fast. First, the right of navigation is not a property right, but simply a public right of way; see *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839 (H.L.), at p. 846. It is not an absolute right, but must be exercised reasonably so as not to interfere with the equal rights of others. Of particular significance for this case is that the right of navigation is paramount to the rights of the owner of the bed, even when the owner is the Crown. For example, in *Attorney-General v. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240, a relator action to enjoin a public nuisance causing an obstruction in the River Thames and an adjoining thoroughfare along its bank, the Lord Chancellor said, at p. 246:

I consider it to be quite immaterial whether the title to the soil between high and low water-mark be in the

La common law d'Angleterre prévoit depuis longtemps que le public a un droit de navigation dans les eaux de marée; toutefois, bien que les eaux sans marée puissent être navigables, le public n'a pas le droit d'y naviguer, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. Au Canada, la distinction entre les eaux de marée et les eaux sans marée a été abandonnée il y a longtemps, sauf dans les provinces de l'Atlantique où des considérations différentes pourraient bien s'appliquer; voir l'arrêt *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; pour un sommaire des arrêts applicables, voir mon ouvrage intitulé *Water Law in Canada* (1973), aux pp. 178 à 180. La règle est plutôt la suivante: si les eaux sont navigables, que ce soient des eaux de marée ou sans marée, il existe un droit public de navigation. C'est le cas en Alberta où la Division d'appel de la Cour suprême, dans l'application de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, a à bon droit statué dans l'arrêt *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, que la règle anglaise ne pouvait être appliquée à la province. Les parties ne contestent pas que la rivière Oldman est en fait navigable.

La nature du droit public de navigation a donné lieu à beaucoup de jurisprudence au cours des années, mais certains principes sont toujours valables. Premièrement, le droit de navigation n'est pas un droit de propriété, mais simplement un droit public de passage; voir l'arrêt *Orr Ewing c. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839 (H.L.), à la p. 846. Ce n'est pas un droit absolu, mais il doit être exercé d'une façon raisonnable de manière à ne pas empiéter sur les droits équivalents des autres. Il est tout particulièrement important en l'espèce de préciser que le droit de navigation l'emporte sur les droits du propriétaire du lit, même si le propriétaire est la Couronne. Par exemple, dans l'arrêt *Attorney-General c. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240, concernant l'action d'une partie civile visant à éliminer une nuisance publique causant une obstruction dans la Tamise et sur une voie publique le long de la rive, le lord chancelier dit à la p. 246:

[TRADUCTION] J'estime qu'il n'est aucunement pertinent que le titre de propriété du sol entre la laisse des hautes

Crown, or in the City of *London*, or whether the City of *London* has the right of conservancy, operating as a check on an improper use of the soil, the title being in the Crown, or whether either Lord *Grosvenor* or Mr. *Johnson* have any derivative title by grant from any one having the power to grant. . . . It is my present opinion, that the Crown has not the right either itself to use its title to the soil between high and low water-mark as a nuisance, or to place upon that soil what will be a nuisance to the Crown's subjects. If the Crown has not such a right, it could not give it to the City of *London*, nor could the City transfer it to any other person.

This Court later came to the same conclusion in *Wood v. Esson* (1884), 9 S.C.R. 239. There, the plaintiffs had extended their wharf so as to interfere with access to the defendant's wharf. The defendant pulled up the piles and removed the obstruction to allow passage to his wharf, and the plaintiffs then brought an action in trespass on the ground that they enjoyed title under a grant from the province of Nova Scotia to the soil of the harbour on which the wharf was constructed. The Court held that the defendant was entitled to abate the nuisance created by the obstruction to navigation in the harbour. Strong J. remarked, at p. 243:

The title to the soil did not authorize the plaintiffs to, extend their wharf so as to be a public nuisance, which upon the evidence, such an obstruction of the harbour amounted to, for the Crown cannot grant the right so to obstruct navigable waters; nothing short of legislative sanction can take from anything which hinders navigation the character of a nuisance. [Emphasis added.]

This passage also underscores another aspect of the paramountcy of the public right of navigation—that it can only be modified or extinguished by an authorizing statute, and as such a Crown grant of land of itself does not and cannot confer a right to interfere with navigation; see also *The Queen v. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *In Re Provincial Fisheries*, *supra*, at p. 549, *per* Girouard J.; and *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200.

eaux et celle des basses eaux appartienne à la Couronne ou à la ville de *Londres*, ou que la ville de *Londres* possède le droit d'administration, permettant ainsi de surveiller toute utilisation incorrecte du sol lorsque la Couronne en détient le titre, ou que lord *Grosvenor* ou M. *Johnson* possède un titre dérivé obtenu par concession de quiconque a le pouvoir de le faire [. . .] À mon avis, la Couronne n'a pas le droit de créer une nuisance lorsqu'elle utilise son droit de propriété du terrain situé entre la laisse des basses eaux et celle des hautes eaux ou de placer sur ce terrain quelque chose qui constituera une nuisance pour les sujets de la Couronne. Si la Couronne ne possède pas ce droit, elle ne pouvait pas l'accorder à la ville de *Londres*, et la ville de *Londres* ne pouvait pas le transférer à qui que ce soit.

Notre Cour est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Wood c. Esson* (1884), 9 R.C.S. 239. Dans cette affaire, les demandeurs avaient allongé leur quai et entravaient ainsi l'accès au quai du défendeur. Celui-ci fit enlever la partie des travaux qui obstruait l'accès à son quai; les demandeurs ont ensuite intenté une poursuite pour violation de propriété au motif qu'ils jouissaient, en vertu d'une concession par la province de la Nouvelle-Écosse, du titre de propriété du sol à l'endroit dans le port où le quai était construit. La Cour a statué que le défendeur avait le droit d'éliminer l'obstacle créé par l'obstruction à la navigation dans le port. Le juge Strong indique à la p. 243:

[TRADUCTION] Le titre de propriété du sol n'autorisait pas les demandeurs à allonger leur quai de façon à créer une nuisance publique qui, selon la preuve, constituait une obstruction à la navigation dans le port car la Couronne ne peut concéder le droit d'entraver ainsi les eaux navigables; seule une loi peut déterminer que quelque chose qui gêne la navigation n'est pas une nuisance. [Je souligne.]

Ce passage fait également ressortir un autre aspect de la suprématie du droit public de navigation: ce droit ne peut être modifié ou éteint que par une loi habilitante, et la concession d'un bien-fonds par la Couronne ne peut conférer le droit de gêner la navigation; voir aussi les arrêts *The Queen c. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *In Re Provincial Fisheries*, précité, à la p. 549, le juge Girouard; et *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200.

What is more, the provinces are constitutionally incapable of enacting legislation authorizing an interference with navigation, since s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament exclusive jurisdiction to legislate respecting navigation. That was made clear by this Court in *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222, where an injunction was sought to restrain the defendant company from erecting piers and booms in the Queddy River in New Brunswick. The defendant relied on its constituent legislation, passed by the provincial legislature, which permitted a certain degree of interference with navigation. The only issue before the Court was the authority of the legislature to pass the Act incorporating the defendant. Ritchie C.J. concluded, at p. 232:

... the legal question in this case, which is, to which legislative power, that of the Dominion Parliament or the Assembly of *New Brunswick*, belongs the right to authorize the obstruction by piers or booms of a public tidal and navigable river, and thereby injuriously interfere with and abridge the public right of navigation in such tidal navigable waters. It is not disputed that this legislation interfered with the navigation of the river ...

I think there can be no doubt that the legislative control of navigable waters, such as are in question in this case, belongs exclusively to the Dominion Parliament. Everything connected with navigation and shipping seems to have been carefully confided to the Dominion Parliament, by the B.N.A. Act.

These cases served as an impetus for the enactment of what ultimately became the *Navigable Waters Protection Act*. Of relevance here is the enactment of one of the antecedent pieces of legislation—*An Act respecting booms and other works constructed in navigable waters whether under the authority of Provincial Acts or otherwise*, S.C. 1883, c. 43—preceding the consolidated Act which was to govern all aspects of the protection of navigable waters. Section 1 provided:

1. No boom, dam or aboiteau shall be constructed whether under the authority of an Act of a Legislature of a Province of Canada, or under the authority of an Ordi-

Par ailleurs, les provinces ne sont pas habilitées, sur le plan constitutionnel, à adopter une loi autorisant l'établissement d'un obstacle à la navigation puisque le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement une compétence législative exclusive sur la navigation. Notre Cour a clairement établi ce point dans l'arrêt *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir une injonction visant à empêcher la société défenderesse de construire des jetées et des estacades dans la rivière Queddy au Nouveau-Brunswick. La défenderesse invoquait sa loi habilitante, adoptée par la législature provinciale, qui autorisait certaines entraves à la navigation. La seule question en litige devant la Cour était le pouvoir de la législature provinciale d'adopter la loi constitutive de la défenderesse. Le juge en chef Ritchie conclut, à la p. 232:

[TRADUCTION] ... la question juridique dans cette affaire, savoir qui du Parlement du Dominion ou de l'Assemblée législative du *Nouveau-Brunswick* possède le pouvoir législatif d'autoriser l'obstruction, au moyen de jetées et d'estacades, d'une rivière à marée publique et navigable portant ainsi gravement atteinte au droit public de navigation dans ces eaux. Il n'est pas contesté en l'espèce que la loi gênait la navigation dans la rivière

f ...

Je crois qu'il ne fait aucun doute que c'est le Parlement du Dominion qui a la compétence législative exclusive sur les eaux navigables, comme celles visées en l'espèce. Tout ce qui touche la navigation et les expéditions par eau semble avoir été soigneusement conféré au Parlement du Dominion par l'A.A.N.B.

Ces arrêts ont donné lieu à l'adoption de textes législatifs qui ont finalement abouti à la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Il est pertinent ici de mentionner l'un des textes législatifs—l'*Acte concernant les bômes et autres ouvrages établis en eaux navigables soit sous l'autorité d'actes provinciaux soit autrement*, S.C. 1883, ch. 43—qui a précédé la Loi codifiée qui devait régir tous les aspects de la protection des eaux navigables. L'article premier dispose que:

1. Aucun bôme, barrage ou aboiteau ne sera établi soit sous l'autorité d'un acte rendu par une législature provinciale du Canada, soit sous l'autorité d'une ordon-



nance of the North-West Territories or of the District of Keewatin or otherwise, so as to interfere with navigation, unless the site thereof has been approved, and unless the boom, dam or aboiteau has been built and is maintained in accordance with plans approved by the Governor General in Council.

The Act also provided a means whereby existing structures which interfered with navigation, and thus created a public nuisance, could be legalized by seeking approval from the Governor General in Council.

That statute was but one enactment in which Parliament exercised its jurisdiction to prevent the erection or continuation of impediments to navigation. It had already legislated, *inter alia*, in respect of bridges (*An Act respecting Bridges over navigable waters, constructed under the authority of Provincial Acts*, S.C. 1882, c. 37); the removal of obstructions and wrecks from navigable waters (*An Act for the removal of obstructions, by wreck and like causes, in Navigable Waters of Canada, and other purposes relative to wrecks*, S.C. 1874, c. 29); and effluent from sawmills into navigable waters (*An Act for the better protection of Navigable Streams and Rivers*, S.C. 1873, c. 65).

The consolidation process began with the passage of *An Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 35, dealing with construction of any "work" in navigable waters, and its companion legislation *An Act respecting the protection of Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 36, concerning obstruction of navigable waters by wrecks. Section 1 of the former compendiously defined the term "work" to mean:

1. In this Act, unless the context otherwise requires, the expression "work" means and includes any bridge, boom, dam, aboiteau, wharf, dock, pier or other structure, and the approaches or other works necessary or appurtenant thereto; . . .

The definition was far more comprehensive in scope than its predecessors, and this aspect of the

nance des Territoires du Nord-Ouest ou du District de Kéwatin, ou autrement, de manière à gêner la navigation, à moins que l'emplacement n'en ait été approuvé, —et que l'ouvrage n'ait été construit et ne soit maintenu en état conformément à des plans qui auront été approuvés—par le Gouverneur général en conseil.

La Loi prévoyait aussi que les ouvrages existants qui gênaient la navigation, créant ainsi une nuisance publique, pouvaient être légalisés s'ils étaient approuvés par le gouverneur général en conseil.

Cette loi n'est qu'un des textes où le Parlement a exercé sa compétence pour empêcher la construction ou la continuation d'obstacles à la navigation. Il avait déjà notamment légiféré à l'égard des ponts (*Acte concernant les ponts établis en vertu d'actes provinciaux sur des eaux navigables*, S.C. 1882, ch. 37), de l'enlèvement d'obstructions et d'épaves dans les rivières navigables (*Acte pour pourvoir à l'enlèvement d'obstructions provenant de naufrages et autres causes semblables dans les rivières navigables du Canada, et pour d'autres objets relatifs aux naufrages*, S.C. 1874, ch. 29) et des effluents des moulins à scie dans les eaux navigables (*Acte à l'effet de mieux protéger les cours d'eau et rivières navigables*, S.C. 1873, ch. 65).

La codification a commencé avec l'adoption d'un *Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 35, ayant trait à la construction de tout «ouvrage» dans les eaux navigables et de la loi d'accompagnement intitulée *Acte concernant la protection des eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 36, portant sur les obstructions provenant de naufrages dans les eaux navigables. L'article premier de l'*Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables* définissait succinctement le terme «ouvrage»:

1. Dans le présent acte, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente, l'expression «ouvrage» signifie et comprend tout pont, estacade, barrage, aboiteau, quai, dock, jetée, pilier ou autre construction, et leurs approches ou avenues et autres travaux nécessaires ou s'y rattachant; . . .

Cette définition était beaucoup plus large que celles qui l'ont précédée et cet aspect de la loi, con-

law, coupled with the requirement for approval from the Governor in Council of all such works, caused considerable consternation at the time as to the breadth of its potential retrospective effect for existing structures erected in navigable waters.

However, the statute was merely declaratory of the common law. To the extent that a structure interfered with the public right of navigation, it was a public nuisance, and the provinces were constitutionally powerless to authorize an interference of that nature. The retrospective effect of the law with respect to works built under the statutory authority of a provincial legislature, however, only went back as far as the time the province joined Confederation. Section 7 provided:

7. Nothing hereinbefore contained, except the provisions of the first and fifth sections hereof, shall apply to any work constructed under the authority of any Act of the Parliament of Canada, or of the legislature of the late Province of Canada, or of the legislature of any Province now forming part of Canada, passed before such Province became a part thereof.

Thus, no permission would be required for a work authorized by the legislature of a province before it joined Canada. That is because the province would then have had the constitutional jurisdiction to authorize the work. Similarly, the Act did not apply to works constructed under any other Act of Parliament so that it was clear which Act governed. Parliament had already passed legislation authorizing certain works of that nature; see for example *An Act to authorize the Corporation of the Town of Emerson to construct a Free Passenger and Traffic Bridge over the Red River in the Province of Manitoba*, S.C. 1880, c. 44.

The 1886 Acts were re-enacted in R.S.C. 1886, cc. 91 and 92, and consolidated in R.S.C. 1906, c. 115, when they were given the short title *Navigable Waters' Protection Act*. The Act has remained substantially the same since. In particular, s. 7 of c. 35 of the 1886 statute has remained

jugué à la nécessité de faire approuver tous les ouvrages par le gouverneur en conseil, a causé une grande consternation à l'époque concernant l'ampleur de son effet rétroactif possible à l'égard des structures existantes construites dans les eaux navigables.

Toutefois, la loi constituait simplement une déclaration de la situation en common law. Dans la mesure où une structure portait atteinte au droit public de navigation, elle constituait une nuisance publique et les provinces n'étaient pas habilitées sur le plan constitutionnel à autoriser l'établissement d'un obstacle de cette nature. Toutefois, en ce qui concerne les ouvrages construits sous l'autorité d'un acte de la législature d'une province, la loi avait un effet rétroactif qui ne remontait pas au delà de la date d'adhésion de la province à la Confédération.

7. Rien de contenu ci-dessus, excepté les dispositions du premier et du cinquième articles, ne s'appliquera à aucun ouvrage construit sous l'autorité d'un acte du parlement du Canada, ou de la législature de la ci-devant province du Canada, ou de la législature d'aucune des provinces formant actuellement partie du Canada, passé avant que cette province en soit devenue partie.

En conséquence, il n'était pas nécessaire de faire approuver un ouvrage autorisé par la législature d'une province avant que celle-ci ne fasse partie du Canada puisque la province était alors habilitée sur le plan constitutionnel à autoriser la construction de l'ouvrage en question. La Loi n'était pas non plus applicable aux ouvrages construits en vertu d'une autre loi du Parlement; on savait donc clairement quel acte était applicable. Le Parlement avait déjà adopté un texte législatif autorisant certains ouvrages de cette nature; voir, par exemple, l'*Acte à l'effet d'autoriser la corporation de la ville d'Emerson à construire un pont libre pour les voyageurs et le trafic sur la rivière Rouge, dans la province du Manitoba*, S.C. 1880, ch. 44.

Les Actes de 1886 furent adoptés de nouveau dans les S.R.C. de 1886, ch. 91 et 92, et codifiés dans les S.R.C. de 1906, ch. 115, où ils reçurent le titre abrégé de *Loi de la protection des eaux navigables*. Cette loi est demeurée pratiquement inchangée depuis. Plus particulièrement, l'art. 7 du

materially unaltered, and is now found in s. 4 of the present Act. It was this provision that the Court of Appeal relied upon to find that the Crown in right of Alberta was bound by necessary implication. I agree with this position. By expressly excepting from the operation of the Act works authorized by Parliament since Confederation and by pre-Confederation provincial legislatures, at a time these bodies had power to interfere with navigation, the statute by necessary implication must be taken to provide that post-Confederation works undertaken by the provinces are subject to the Act. There are, however, even more fundamental considerations that lead to the view that the conclusion arrived at by the Court of Appeal was correct. To these I now turn.

In my view, the circumstances surrounding the passage of the legislation, informing as they must the context of the statute, do lead to the logical inference that the Crown in right of a province is bound by the Act by necessary implication. Neither the Crown nor a grantee of the Crown may interfere with the public right of navigation without legislative authorization. The proprietary right the Crown in right of Alberta may have in the bed of the Oldman River is subject to that right of navigation, legislative jurisdiction over which has been exclusively vested in Parliament. Parliament has entered the field principally through the passage of the *Navigable Waters Protection Act* which delegated to the Governor General in Council, and now the Minister of Transport, authority to permit construction of what would otherwise be a public nuisance in navigable waters. The Crown in right of Alberta requires statutory authorization from Parliament to erect any obstruction that substantially interferes with navigation in the Oldman River, and the *Navigable Waters Protection Act* is the means by which it must be obtained. It follows that the Crown in right of Alberta is bound by the Act, for it is the only practicable procedure available for getting approval.

ch. 35 de la loi de 1886 est demeuré substantiellement le même et constitue maintenant l'art. 4 de la Loi actuelle. C'est cette disposition que la Cour d'appel a appliquée pour statuer que la Couronne du chef de l'Alberta était liée par déduction nécessaire. Je souscris à cette opinion. Puisque sont expressément exclus de l'application de la Loi les ouvrages autorisés par le Parlement depuis la Confédération et par les législatures provinciales auparavant, au moment où ces corps législatifs avaient le pouvoir d'intervenir en matière de navigation, il faut comprendre, par déduction nécessaire, que la Loi s'applique aux ouvrages entrepris par les provinces après la Confédération. Il existe toutefois des considérations encore plus fondamentales qui nous amènent à soutenir que la conclusion de la Cour d'appel était correcte. J'en ferai maintenant l'analyse.

À mon avis, les circonstances qui ont entouré l'adoption de la loi, aussi révélatrices qu'elles soient du contexte de l'adoption de la loi, nous amènent à conclure en toute logique que la Couronne du chef d'une province est, par déduction nécessaire, liée par la Loi. Ni la Couronne ni un cessionnaire de la Couronne ne peuvent porter atteinte au droit public de navigation sans y être autorisés par une loi. Le droit de propriété que la Couronne du chef de l'Alberta peut détenir sur le lit de la rivière Oldman est assujéti au droit de navigation, sur lequel le Parlement exerce une compétence législative exclusive. L'exercice de la compétence du Parlement s'est principalement manifesté par l'adoption de la *Loi sur la protection des eaux navigables* qui a délégué au gouverneur général en conseil, et maintenant au ministre des Transports, le pouvoir d'autoriser la construction dans les eaux navigables de travaux qui constitueraient par ailleurs une nuisance publique. La Couronne du chef de l'Alberta doit obtenir l'autorisation législative du Parlement pour construire un ouvrage qui gênerait sérieusement la navigation dans la rivière Oldman; la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le mécanisme qu'elle doit utiliser à cette fin. Il s'ensuit que la Couronne du chef de l'Alberta est liée par la Loi, car il s'agit là du seul moyen pratique d'obtenir l'approbation requise.

My colleague, Stevenson J., has however referred to the statement of Fitzpatrick C.J. in *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (S.C.C.), to the effect that the Act was merely permissive and did not prevent a third party from bringing action for an interference with the public right of navigation despite the Minister's approval of the work. This statement, however, was mere dicta. The issue there was whether the structure concerned interfered with the plaintiffs' private right of access. The other two majority judges confined their remarks to this matter, and the two minority judges *a fortiori* did not agree with the statement. For my part, I prefer the view expressed in *Isherwood v. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459 (Div. Ct.), that the Act does permit interference with the public right of navigation but does not interfere with the private rights of individuals. That is the proposition for which *Champion* is authority.

For these reasons I have concluded that the Crown in right of Alberta is, as a matter of necessary or logical implication, bound by the *Navigable Waters Protection Act*. I am also of the view that the purpose of the Act would be wholly frustrated if this were not the case. I am affected by the considerations referred to by Stone J.A. that the provinces are among the bodies that are likely to engage in projects—bridges, for example—that may interfere with navigation, and that this was the case in this country well before the passage of the Act, but here again I am affected as well by even more fundamental considerations, namely the nature of navigation in this country and of Parliament's legislative power over this activity.

Certain navigable systems form a critical part of the interprovincial transportation networks which are essential for international trade and commercial activity in Canada. With respect to the contrary view, it makes little sense to suggest that any semblance of Parliament's legislative objective in exercising its jurisdiction for the conservancy of navigable waters would be achieved were the Crown to be excluded from the operation of the Act. The regulation of navigable waters must be

Mon collègue le juge Stevenson a cependant fait mention de la déclaration du juge en chef Fitzpatrick dans *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (C.S.C.), selon laquelle la Loi ne faisait qu'accorder une permission et n'empêchait pas un tiers d'intenter une action pour atteinte au droit public de navigation malgré l'approbation de l'ouvrage par le Ministre. Toutefois, cette déclaration n'était qu'incidente. Il s'agissait de déterminer si la structure en cause portait atteinte au droit d'accès privé des demandeurs. Les deux autres juges de la majorité ont limité leurs remarques à cette question et les deux juges de la minorité n'ont pas, à plus forte raison, approuvé la déclaration. Pour ma part, je préfère l'opinion exprimée dans *Isherwood c. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459 (C. div.), selon laquelle la Loi permet de porter atteinte au droit public de navigation mais non aux droits privés des particuliers. C'est la proposition pour laquelle l'arrêt *Champion* fait autorité.

Pour ces motifs, j'ai conclu que la Couronne du chef de l'Alberta est, par déduction nécessaire ou logique, liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Je suis également d'avis que, s'il n'en était pas ainsi, la Loi serait privée de toute efficacité. J'ai pris note des considérations soulevées par le juge Stone, savoir que les provinces font partie des organismes susceptibles de participer à des projets, par exemple, la construction de ponts, qui peuvent gêner la navigation, ce qui était le cas au Canada bien avant l'adoption de la Loi; toutefois, je m'intéresse également à des considérations encore plus fondamentales, savoir la nature de la navigation au Canada et la compétence législative du législateur fédéral sur ce domaine.

Certains cours d'eau navigables constituent une partie cruciale des réseaux de transport interprovincial, essentiels aux échanges internationaux et à l'activité commerciale au Canada. En ce qui concerne l'opinion contraire, il n'est pas très logique de prétendre qu'il serait possible d'atteindre en quoi que ce soit l'objectif du Parlement dans l'exercice de sa compétence sur l'administration des eaux navigables si la Couronne n'était pas liée par l'effet de la Loi. La réglementation des eaux

viewed functionally as an integrated whole, and when so viewed it would result in an absurdity if the Crown in right of a province was left to obstruct navigation with impunity at one point along a navigational system, while Parliament assiduously worked to preserve its navigability at another point.

The practical necessity for a uniform regulatory regime for navigable waters has already been recognized by this Court in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, and the reasoning given there in support of a single body of maritime law within federal jurisdiction is equally applicable to this case. At pages 1294-95, it is stated:

Quite apart from judicial authority, the very nature of the activities of navigation and shipping, at least as they are practised in this country, makes a uniform maritime law which encompasses navigable inland waterways a practical necessity. Much of the navigational and shipping activity that takes place on Canada's inland waterways is closely connected with that which takes place within the traditional geographic sphere of maritime law. This is most obviously the case when one looks to the Great Lakes and the St. Lawrence Seaway, which are to a very large degree an extension, or alternatively the beginning, of the shipping lanes by which this country does business with the world. But it is also apparent when one looks to the many smaller rivers and waterways that serve as ports of call for ocean going vessels and as the points of departure for some of Canada's most important exports. This is undoubtedly one of the considerations that led the courts of British North America to rule that the public right of navigation, in contradistinction to the English position, extended to all navigable rivers regardless of whether or not they were within the ebb and flow of the tide . . . . It probably also explains why the Fathers of Confederation thought it necessary to assign the broad and general power over navigation and shipping to the central rather than the provincial governments . . . .

Were the Crown in right of a province permitted to undermine the integrity of the essential navigational networks in Canadian waters, the legislative

navigables doit être analysée dans son ensemble et ce serait une situation absurde si la Couronne du chef d'une province pouvait impunément entraver la navigation à un endroit le long d'un cours d'eau navigable, alors que le Parlement travaille assidûment à en préserver la navigabilité à un autre.

La nécessité en pratique d'avoir un régime de réglementation uniforme pour les eaux navigables a déjà été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; le raisonnement présenté dans cet arrêt en faveur d'un régime de règles de droit maritime uniformes relevant de la compétence fédérale est également applicable en l'espèce. Aux pages 1294 et 1295, on dit:

Mise à part la jurisprudence, la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, du moins telles qu'elles sont exercées ici, fait que des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures sont nécessaires en pratique. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Cela est particulièrement évident lorsque l'on considère les Grands Lacs et la Voie maritime du Saint-Laurent, qui sont dans une très large mesure une extension, sinon le commencement, des voies de transport maritime grâce auxquelles le pays fait du commerce avec le monde. Mais cela est également manifeste lorsque l'on examine les nombreux fleuves, rivières et voies d'eau moins importants qui servent de port d'escale aux océaniques et de point de départ pour quelques-unes des plus importantes exportations du Canada. C'est à n'en pas douter l'une des considérations qui ont amené les tribunaux de l'Amérique du Nord britannique à décider que le droit public de navigation, contrairement à ce que prétendaient les Anglais, s'étend à tous les fleuves et rivières navigables, peu importe qu'ils soient ou non à l'intérieur de l'aire de flux et de reflux; [. . .] Cela explique probablement aussi pourquoi les Pères de la Confédération ont estimé nécessaire d'attribuer le pouvoir général sur la navigation et les expéditions par eau au gouvernement central plutôt qu'à celui des provinces . . . .

Si la Couronne du chef d'une province était habilitée à saper l'intégrité des réseaux essentiels de navigation dans les eaux canadiennes, à mon avis,

purpose of the *Navigable Waters Protection Act* would, in my view, effectively be emasculated. In light of these findings, it is unnecessary to comment on the issue of waiver that was raised by the appellant Ministers.

### Constitutional Question

The constitutional question asks whether the *Guidelines Order* is so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867*. However, no argument was made with respect to s. 92A for the apparent reason that the Oldman River Dam project does not, in the appellants' view, fall within the ambit of that provision. At all events, the matter is of no moment. The process of judicial review of legislation which is impugned as *ultra vires* Parliament was recently elaborated on in *Whitbread v. Walley, supra*, and does not bear repetition here, save to remark that if the *Guidelines Order* is found to be legislation that is in pith and substance in relation to matters within Parliament's exclusive jurisdiction, that is the end of the matter. It would be immaterial that it also affects matters of property and civil rights (*Whitbread*, at p. 1286). The analysis proceeds first by identifying whether in pith and substance the legislation falls within a matter assigned to one or more of the heads of legislative power.

While various expressions have been used to describe what is meant by the "pith and substance" of a legislative provision, in *Whitbread v. Walley* I expressed a preference for the description "the dominant or most important characteristic of the challenged law". Naturally, the parties have advanced quite different features of the *Guidelines Order* as representing its most important characteristic. For Alberta, it is the manner in which it is said to encroach on provincial rights, although no specific matter has been identified other than general references to the environment. Alberta argues that Parliament has no plenary jurisdiction over the environment, it being a matter of legislative jurisdiction shared by both levels of government, and that the *Guidelines Order* has crossed the line

l'objet de la *Loi sur la protection des eaux navigables* serait, en fait, annihilé. Vu ces conclusions, je n'ai pas à examiner la question de la renonciation soulevée par les ministres appelants.

### La question constitutionnelle

La question constitutionnelle vise à savoir si le *Décret sur les lignes directrices* est général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, aucun moyen n'a été présenté relativement à l'art. 92A au motif apparent que le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman n'est pas, selon les appelants, visé par cette disposition. Quoi qu'il en soit, la question n'a pas d'importance. Le processus de révision judiciaire d'un texte législatif contesté parce qu'il serait *ultra vires* du Parlement a récemment fait l'objet d'une analyse dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*, précité, et je n'ai pas besoin de la reprendre ici, sauf pour dire que si l'on conclut que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* est un texte législatif lié à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement, la question est épuisée. Il serait alors indifférent qu'il touche également des matières liées à la propriété et aux droits civils (*Whitbread*, à la p. 1286). L'analyse consiste tout d'abord à déterminer si, de par son caractère véritable, le texte législatif est lié à une matière relevant d'un ou plusieurs domaines de compétence législative.

Bien que diverses expressions aient été utilisées pour décrire ce que l'on entend par le «caractère véritable» d'une disposition législative, j'ai exprimé dans l'arrêt *Whitbread c. Walley* une préférence pour la détermination de «la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée». Il va sans dire que les parties ont fait valoir des aspects fort différents comme caractéristique la plus importante du *Décret sur les lignes directrices*. Pour l'Alberta, c'est la façon dont le Décret empiéterait sur les droits provinciaux; toutefois, elle n'a pas mentionné de matière spécifique autre que des renvois généraux à l'environnement. L'Alberta soutient, d'une part, que le Parlement n'a pas une compétence absolue sur l'environnement, s'agissant là d'une matière relevant de la compé-

which circumscribes Parliament's authority over the environment. The appellant Ministers argue that in pith and substance the *Guidelines Order* is merely a process to facilitate federal decision making on matters that fall within Parliament's jurisdiction—a proposition with which the respondent substantially agrees.

The substance of Alberta's argument is that the *Guidelines Order* purports to give the Government of Canada general authority over the environment in such a way as to trench on the province's exclusive legislative domain. Alberta argues that the *Guidelines Order* attempts to regulate the environmental effects of matters largely within the control of the province and, consequently, cannot constitutionally be a concern of Parliament. In particular, it is said that Parliament is incompetent to deal with the environmental effects of provincial works such as the Oldman River Dam.

I agree that the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of "environment" *sui generis* to either the provinces or Parliament. The environment, as understood in its generic sense, encompasses the physical, economic and social environment touching several of the heads of power assigned to the respective levels of government. Professor Gibson put it succinctly several years ago in his article "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, at p. 85:

... "environmental management" does not, under the existing situation, constitute a homogeneous constitutional unit. Instead, it cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal and some provincial. And it is no less obvious that "environmental management" could never be treated as a constitutional unit under one order of government in any constitution

tence législative des deux paliers de gouvernement et, d'autre part, que le *Décret sur les lignes directrices* est exorbitant de la compétence du Parlement sur l'environnement. Les ministres appelants soutiennent que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* n'est qu'un moyen d'aider le gouvernement fédéral à prendre des décisions dans des domaines qui relèvent de la compétence du Parlement; l'intimée est en grande partie d'accord avec cette proposition.

L'essentiel de la thèse de l'Alberta est que le *Décret sur les lignes directrices* prétend conférer au gouvernement du Canada une compétence générale sur l'environnement d'une façon qui empiète sur la compétence législative exclusive de la province. L'Alberta soutient que le *Décret sur les lignes directrices* tente de réglementer les répercussions environnementales de matières qui relèvent en grande partie de la compétence de la province et qui, par conséquent, ne peuvent, en vertu de la Constitution, constituer une préoccupation du Parlement. Elle est d'avis tout particulièrement que le Parlement n'a pas de compétence à l'égard des répercussions environnementales d'ouvrages provinciaux comme le barrage sur la rivière Oldman.

Je suis d'accord que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas conféré le domaine de l'«environnement» comme tel aux provinces ou au Parlement. L'environnement, dans son sens générique, englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. Le professeur Gibson a succinctement résumé ce point il y a plusieurs années dans son article intitulé: «Constitutionnal Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, à la p. 85:

[TRADUCTION] ... la «gestion de l'environnement» ne constitue pas dans la situation actuelle une unité constitutionnelle homogène. Elle touche plutôt différents domaines de responsabilité constitutionnelle, certains relevant du fédéral, d'autres des provinces. Il est par ailleurs fort évident que la «gestion de l'environnement» ne pourrait jamais être considérée comme une unité constitutionnelle relevant d'un seul palier de gouvernement à l'intérieur d'une constitution de type fédéral

that claimed to be federal, because no system in which one government was so powerful would be federal.

I earlier referred to the environment as a diffuse subject, echoing what I said in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, *supra*, to the effect that environmental control, as a subject matter, does not have the requisite distinctiveness to meet the test under the "national concern" doctrine as articulated by Beetz J. in *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*. Although I was writing for the minority in *Crown Zellerbach*, this opinion was not contested by the majority. The majority simply decided that marine pollution was a matter of national concern because it was predominately extra-provincial and international in character and implications, and possessed sufficiently distinct and separate characteristics as to make it subject to Parliament's residual power.

It must be recognized that the environment is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867* and that it is a constitutionally abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty. A variety of analytical constructs have been developed to grapple with the problem, although no single method will be suitable in every instance. Some have taken a functional approach by describing specific environmental concerns and then allocating responsibility by reference to the different heads of power; see, for example, Gibson, *supra*. Others have looked at the problem from the perspective of testing the ambit of federal powers according to their general description as "conceptual" or "global" (e.g., criminal law, taxation, trade and commerce, spending and the general residuary power) as opposed to "functional" (e.g., navigation and fisheries); see P. Emond, "The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647, and M. E. Hatherly, *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*, background paper

parce qu'aucun système à l'intérieur duquel un seul gouvernement serait aussi puissant ne serait fédéral.

J'ai déjà mentionné que l'environnement est un sujet diffus, reprenant ainsi ce que j'ai dit dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, que le contrôle de l'environnement, en tant que sujet, ne possède pas la particularité requise pour satisfaire au critère en vertu de la théorie de l'intérêt «national» formulée par le juge Beetz dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité. Bien que j'aie exprimé l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, elle n'a pas été contestée sur ce point par les juges de la majorité. La majorité a simplement décidé que la pollution des mers est une question d'intérêt national à cause de son caractère et de ses incidences surtout extra-provinciales et internationales, et parce que ses caractéristiques sont suffisamment distinctes pour en faire un sujet relevant du pouvoir résiduel du Parlement.

Il faut reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude. On a élaboré diverses méthodes analytiques pour régler ce problème; toutefois, il n'en existe pas une seule qui conviendra dans tous les cas. Certains envisagent une analyse fonctionnelle en décrivant des préoccupations environnementales spécifiques et en attribuant ensuite la responsabilité en fonction des divers domaines de compétence; voir par exemple Gibson, *loc. cit.* D'autres abordent le problème du point de vue de l'étendue des pouvoirs fédéraux en distinguant ceux qui peuvent être considérés comme «conceptuels» ou «globaux» (par exemple, le droit criminel, la taxation, les échanges et le commerce, le pouvoir de dépenser et le pouvoir résiduel général) par opposition à ceux qui sont «fonctionnels» (la navigation et les pêcheries); voir P. Emond, «The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution» (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647, et M. E. Hatherly, *Constitutional Jurisdiction in*



prepared for the Protection of Life Project, Law Reform Commission of Canada (1984).

In my view the solution to this case can more readily be found by looking first at the catalogue of powers in the *Constitution Act, 1867* and considering how they may be employed to meet or avoid environmental concerns. When viewed in this manner it will be seen that in exercising their respective legislative powers, both levels of government may affect the environment, either by acting or not acting. This can best be understood by looking at specific powers. A revealing example is the federal Parliament's exclusive legislative power over interprovincial railways under ss. 92(10)(a) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*. The regulation of federal railways has been entrusted to the National Transportation Agency pursuant to the *National Transportation Act, 1987*, which enjoys a broad mandate as summarized in the declaration found in s. 3, which reads in part:

3. (1) It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services making the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy and to legal and constitutional requirements,

(d) transportation is recognized as a key to regional economic development and commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives in order that the potential economic strengths of each region may be realized, ...

This gives some insight into the scope of Parliament's legislative jurisdiction over railways and

*Relation to Environmental Law*, document d'étude rédigé dans le cadre du projet de la protection de la vie, Commission de réforme du droit du Canada (1984).

À mon avis, on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que par leur inaction. Pour mieux comprendre, on doit examiner des pouvoirs spécifiques. Un exemple intéressant est la compétence législative exclusive du Parlement fédéral sur le transport ferroviaire interprovincial en vertu de l'al. 92(10)a) et du par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La réglementation du transport ferroviaire fédéral a été confiée à l'Office national des transports conformément à la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*; le mandat de cet office est vaste, comme le résume la déclaration figurant à l'art. 3 qui prévoit notamment:

3. (1) Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, d'autre part, ces objectifs ont le plus de chances de se réaliser en situation de concurrence, dans et parmi les divers modes de transport, entre tous les transporteurs, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale et du contexte juridique et constitutionnel:

d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région; ...

Cette déclaration nous éclaire sur l'étendue de la compétence législative du Parlement en matière de

the manner in which it is charged with the responsibility of weighing both the national and local socio-economic ramifications of its decisions. Moreover, it cannot be seriously questioned that Parliament may deal with biophysical environmental concerns touching upon the operation of railways so long as it is legislation relating to railways. This could involve issues such as emission standards or noise abatement provisions.

To continue with the example, one might postulate the location and construction of a new line which would require approval under the relevant provisions of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3. That line may cut through ecologically sensitive habitats such as wetlands and forests. The possibility of derailment may pose a serious hazard to the health and safety of nearby communities if dangerous commodities are to be carried on the line. On the other hand, it may bring considerable economic benefit to those communities through job creation and the multiplier effect that will have in the local economy. The regulatory authority might require that the line circumvent residential districts in the interests of noise abatement and safety. In my view, all of these considerations may validly be taken into account in arriving at a final decision on whether or not to grant the necessary approval. To suggest otherwise would lead to the most astonishing results, and it defies reason to assert that Parliament is constitutionally barred from weighing the broad environmental repercussions, including socio-economic concerns, when legislating with respect to decisions of this nature.

The same can be said for several other subject matters of legislation, including one of those before the Court, namely navigation and shipping. Some provisions of the *Navigable Waters Protection Act* are aimed directly at biophysical environmental concerns that affect navigation. Sections 21 and 22 read:

transport ferroviaire et sur la façon dont on lui impose de tenir compte des ramifications socio-économiques à la fois nationales et locales de ses décisions. Par ailleurs, on ne peut sérieusement mettre en doute que le Parlement puisse s'occuper de questions biophysiques environnementales ayant une incidence sur l'exploitation des chemins de fer dans la mesure où il le fait dans le cadre d'une loi sur les chemins de fer. Il pourrait notamment s'agir de questions touchant les normes d'émission ou les mesures de réduction du bruit.

Pour poursuivre avec le même exemple, on peut proposer l'emplacement et la construction d'une nouvelle voie ferrée, qui devraient être approuvés en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3. En effet, cette voie pourrait traverser des habitats fragiles du point de vue écologique comme des marécages et des forêts. En outre, le risque de déraillement peut présenter un grave danger pour la santé et la sécurité des collectivités avoisinantes dans le cas de transport de marchandises dangereuses. Par contre, cette voie peut entraîner d'importantes retombées économiques locales grâce à la création d'emplois et à l'effet de multiplication qui s'ensuivra. L'autorité réglementante peut exiger que la voie soit construite à l'extérieur des districts résidentiels eu égard à la suppression du bruit et par souci de sécurité. À mon avis, on peut valablement tenir compte de toutes ces considérations dans la décision finale d'accorder ou non l'approbation nécessaire. Prétendre le contraire nous conduirait à des résultats étonnants et il ne serait pas logique d'affirmer que la Constitution ne permet pas au Parlement de tenir compte des vastes répercussions environnementales, y compris des préoccupations socio-économiques, lorsqu'il légifère relativement à des décisions de cette nature.

Le même raisonnement peut être appliqué à plusieurs autres matières, y compris une de celles dont nous sommes saisis, savoir la navigation et les expéditions par eau. Certaines dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables* visent directement les préoccupations environnementales biophysiques qui touchent la navigation. Les articles 21 et 22 disposent:

21. No person shall throw or deposit or cause, suffer or permit to be thrown or deposited any sawdust, edgings, slabs, bark or like rubbish of any description whatever that is liable to interfere with navigation in any water, any part of which is navigable or that flows into any navigable water.

22. No person shall throw or deposit or cause, suffer or permit to be thrown or deposited any stone, gravel, earth, cinders, ashes or other material or rubbish that is liable to sink to the bottom in any water, any part of which is navigable or that flows into any navigable water, where there are not at least twenty fathoms of water at all times, but nothing in this section shall be construed so as to permit the throwing or depositing of any substance in any part of a navigable water where that throwing or depositing is prohibited by or under any other Act.

As I mentioned earlier in these reasons, the Act has a more expansive environmental dimension, given the common law context in which it was enacted. The common law proscribed obstructions that interfered with the paramount right of public navigation. Several of the "works" referred to in the Act do not in any way improve navigation. Bridges do not assist navigation, nor do many dams. Thus, in deciding whether a work of that nature is to be permitted, the Minister would almost surely have to weigh the advantages and disadvantages resulting from the interference with navigation. This could involve environmental concerns such as the destruction to fisheries, and all the *Guidelines Order* does then is to extend the ambit of his concerns.

It must be noted that the exercise of legislative power, as it affects concerns relating to the environment, must, as with other concerns, be linked to the appropriate head of power, and since the nature of the various heads of power under the *Constitution Act, 1867* differ, the extent to which environmental concerns may be taken into account in the exercise of a power may vary from one power to another. For example, a somewhat different environmental rôle can be played by Parliament in the exercise of its jurisdiction over fisheries than under its powers concerning railways or navigation since the former involves the management of a resource,

21. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés des sciures, rognures, dosses, écorces, ou des déchets semblables de quelque nature susceptibles de gêner la navigation dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables.

22. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés de la pierre, du gravier, de la terre, des escarbilles, cendres ou autres matières ou déchets submersibles dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables et où il n'y a pas continuellement au moins vingt brasses d'eau; le présent article n'a toutefois pas pour effet de permettre de jeter ou déposer une substance dans des eaux navigables là où une autre loi interdit de le faire.

Comme je l'ai mentionné, cette loi a une dimension environnementale de plus grande envergure, compte tenu du contexte de common law dans lequel elle a été adoptée. La common law interdit les obstacles qui portent atteinte au droit public suprême de navigation. Plusieurs des «ouvrages» mentionnés dans la Loi ne visent pas à améliorer la navigation. Les ponts ne favorisent pas la navigation ni d'ailleurs un grand nombre de barrages. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de décider d'autoriser un ouvrage de cette nature, le ministre devrait presque certainement tenir compte des avantages et désavantages résultant de l'entrave à la navigation. Cela pourrait nécessiter un examen des préoccupations environnementales comme la destruction de la pêche; le *Décret sur les lignes directrices* ne vise donc qu'à étendre la portée de ses préoccupations.

On doit rappeler que l'exercice d'une compétence législative, dans la mesure où elle se rapporte à l'environnement, doit, comme toute autre préoccupation, se rattacher au domaine de compétence approprié; puisque la nature des divers domaines de compétence en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* diffère, l'importance qui pourra être accordée aux préoccupations environnementales dans l'exercice d'une compétence donnée pourra varier d'un domaine à l'autre. Par exemple, le Parlement peut jouer, en matière d'environnement, dans l'exercice de sa compétence sur les pêcheries, un rôle quelque peu différent de celui qu'il a en

the others activities. The foregoing observations may be demonstrated by reference to two cases involving fisheries. In *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, the Court found that s. 33(3) of the *Fisheries Act* was *ultra vires* Parliament because its broad prohibition enjoining the deposit of "slash, stumps or other debris" into water frequented by fish was not sufficiently linked to any actual or potential harm to fisheries. However, s. 33(2), prohibiting the deposit of deleterious substances in any place where they might enter waters frequented by fish, was found *intra vires* Parliament under s. 91(12) in *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292.

The provinces may similarly act in relation to the environment under any legislative power in s. 92. Legislation in relation to local works or undertakings, for example, will often take into account environmental concerns. What is not particularly helpful in sorting out the respective levels of constitutional authority over a work such as the Oldman River dam, however, is the characterization of it as a "provincial project" or an undertaking "primarily subject to provincial regulation" as the appellant Alberta sought to do. That begs the question and posits an erroneous principle that seems to hold that there exists a general doctrine of interjurisdictional immunity to shield provincial works or undertakings from otherwise valid federal legislation. As Dickson C.J. remarked in *Alberta Government Telephones*, *supra*, at p. 275:

It should be remembered that one aspect of the pith and substance doctrine is that a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other. Canadian federalism has evolved in a way which

vertu de sa compétence sur les chemins de fer ou la navigation puisque dans le premier cas il gère une ressource, alors que dans les deux autres, il gère des activités. Ces observations peuvent être illustrées par deux arrêts sur les pêches. Dans *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, la Cour a statué que le par. 33(3) de la *Loi sur les pêches* excédait les pouvoirs du Parlement parce que l'interdiction générale de déposer «des déchets de bois, souches ou autres débris» dans une eau fréquentée par le poisson n'était pas suffisamment liée aux dommages, réels ou probables, que les pêches pourraient subir. Toutefois, dans l'arrêt *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292, la Cour a statué que le par. 33(2), qui interdit à qui que ce soit de déposer une substance nocive en quelque lieu dans des conditions où cette substance nocive pourrait pénétrer dans des eaux poissonneuses, était de la compétence du Parlement du Canada en vertu du par. 91(12).

Les provinces peuvent de la même façon œuvrer dans le domaine de l'environnement dans l'exercice de leur compétence législative en vertu de l'art. 92. Par exemple, les lois ayant trait aux ouvrages et entreprises de nature locale tiendront souvent compte de préoccupations environnementales. Toutefois, dans la détermination de la compétence constitutionnelle de chacun des paliers de gouvernement sur un projet comme le barrage de la rivière Oldman, il n'est pas particulièrement utile de qualifier cet ouvrage de [TRADUCTION] «projet provincial» ou d'entreprise [TRADUCTION] «principalement assujettie à la réglementation provinciale» comme a tenté de le faire l'appelante l'Alberta. C'est présumer de la réponse et poser un principe erroné qui semble accepter l'existence d'une théorie générale de l'exclusivité des compétences visant à exempter les ouvrages ou entreprises de nature provinciale de l'application de lois fédérales par ailleurs valides. Comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, précité, à la p. 275:

Il faut se rappeler que l'un des aspects de la théorie du caractère véritable est qu'une loi relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier. Le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à

tolerates overlapping federal and provincial legislation in many respects, and in my view a constitutional immunity doctrine is neither desirable nor necessary to accommodate valid provincial objectives.

What is important is to determine whether either level of government may legislate. One may legislate in regard to provincial aspects, the other federal aspects. Although local projects will generally fall within provincial responsibility, federal participation will be required if the project impinges on an area of federal jurisdiction as is the case here.

There is, however, an even more fundamental fallacy in Alberta's argument, and that concerns the manner in which constitutional powers may be exercised. In legislating regarding a subject, it is sufficient that the legislative body legislate on that subject. The practical purpose that inspires the legislation and the implications that body must consider in making its decision are another thing. Absent a colourable purpose or a lack of *bona fides*, these considerations will not detract from the fundamental nature of the legislation. A railway line may be required to locate so as to avoid a nuisance resulting from smoke or noise in a municipality, but it is nonetheless railway regulation.

An Australian case, *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1 (H.C.), illustrates the point well in a context similar to the present. There the plaintiffs carried on the business of mining for mineral sands from which they produced zircon and rutile concentrates. The export of those substances was regulated by the *Customs (Prohibited Exports) Regulations* (passed pursuant to the Commonwealth's trade and commerce power) and approval from the Minister of Minerals and Energy was required for their export. The issue in the case arose when an inquiry was directed to be made under the *Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974-1975* (Cth), into the environmental impact of mineral extraction from the area in which the plaintiffs had their mining leases. The Minister responsible informed the plaintiffs that

plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales et, à mon avis, une théorie de l'immunité constitutionnelle n'est ni souhaitable ni nécessaire à la réalisation d'objectifs provinciaux réguliers.

Il importe de déterminer quel palier de gouvernement peut légiférer. Un palier peut légiférer à l'égard des aspects provinciaux et l'autre, à l'égard des aspects fédéraux. Bien que les projets de nature locale relèvent généralement de la compétence provinciale, ils peuvent exiger la participation du fédéral dans le cas où le projet empiète sur un domaine de compétence fédérale comme en l'espèce.

Toutefois, le raisonnement de l'Alberta recèle un sophisme encore plus fondamental, qui touche la façon d'exercer les pouvoirs constitutionnels. Lorsqu'il légifère sur une matière, l'organe législatif doit s'en tenir à cette matière. L'objet pratique à la base de la loi et les répercussions dont l'organe doit tenir compte dans sa prise de décision sont une toute autre chose. En l'absence d'un objet déguisé ou d'un manque de bonne foi, ces considérations ne porteront pas atteinte à la nature fondamentale de la loi. On peut exiger qu'une voie ferrée soit construite à un endroit où la fumée ou le bruit ne constituera pas une nuisance pour la municipalité, mais il s'agit néanmoins d'un règlement sur les chemins de fer.

Un arrêt australien, *Murphyores Incorporated Pty Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1 (H.C.), illustre bien le point dans un contexte semblable à celui de l'espèce. Dans cette affaire, les demandeurs exploitaient une carrière qui servait à la production de concentrés de zircon et de rutile. L'exportation de ces substances était régie par le *Customs (Prohibited Exports) Regulations* (adopté en vertu de la compétence du Commonwealth (c'est-à-dire le pouvoir fédéral) en matière d'échanges et de commerce) et devait être approuvée par le ministre des mines et de l'énergie. Le litige a pris naissance dans le cadre d'une enquête devant être réalisée en vertu de l'*Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974-1975* (Cth) sur l'incidence environnementale de l'extraction minière à l'endroit où les demandeurs détenaient leurs baux miniers. Le ministre respon-

the report of that inquiry would have to be considered before allowing any further export of concentrates.

The plaintiffs contended that the Minister could only consider matters relevant to "trading policy" within the scope of the Commonwealth's trade and commerce power, rather than the environmental concerns arising from the anterior mining activity which was predominantly a state interest. That argument was unanimously rejected, Stephen J. putting it as follows, at p. 12:

The administrative decision whether or not to relax a prohibition against the export of goods will necessarily be made in the light of considerations affecting the mind of the administrator; but whatever their nature the consequence will necessarily be expressed in terms of trade and commerce, consisting of the approval or rejection of an application to relax the prohibition on exports. It will therefore fall within constitutional power. The considerations in the light of which the decision is made may not themselves relate to matters of trade and commerce but that will not deprive the decision which they induce of its inherent constitutionality for the decision will be directly on the subject matter of exportation and the considerations actuating that decision will not detract from the character which its subject matter confers upon it.

I hasten to add that I do not mean to draw any parallels between the Commonwealth's trade and commerce power as framed in the Australian Constitution and that found in the Canadian Constitution. Obviously there are important differences in the two documents, but the general point made in *Murphyores* is nonetheless valid in the present case. The case points out the danger of falling into the conceptual trap of thinking of the environment as an extraneous matter in making legislative choices or administrative decisions. Clearly, this cannot be the case. Quite simply, the environment is comprised of all that is around us and as such must be a part of what actuates many decisions of any moment.

sable informa alors les demandeurs qu'il devrait faire analyser le rapport d'enquête avant d'autoriser toute autre exportation de concentrés.

<sup>a</sup> Les demandeurs prétendaient que le ministre pouvait seulement tenir compte des questions se rapportant à la [TRADUCTION] «politique relative aux échanges» adoptée en vertu de la compétence des pays du Commonwealth en matière d'échanges et de commerce, plutôt que des préoccupations environnementales se rattachant à l'exploitation minière antérieure, qui relevait principalement de la compétence de l'État. Cette prétention a été unanimement rejetée; le juge Stephen indique à la p. 12:

[TRADUCTION] La décision administrative d'assouplir ou non l'interdiction d'exporter des marchandises tiendra nécessairement compte des considérations qui intéressent l'administrateur; toutefois, quelle que soit la nature de ces considérations, la conséquence sera nécessairement exprimée en fonction des échanges et du commerce, soit l'approbation ou le rejet d'une demande visant à assouplir l'interdiction des exportations. Ce sera alors une décision prise dans le cadre d'un pouvoir constitutionnel. Les considérations à la base de la prise de décisions peuvent ne pas avoir trait aux questions d'échanges et de commerce, mais la décision ne sera pas inconstitutionnelle pour autant puisqu'elle porte directement sur le sujet de l'exportation et les considérations qui la sous-tendent ne portent pas atteinte au caractère que le sujet de compétence lui confère.

<sup>b</sup> Je m'empresse d'ajouter que je ne veux pas établir de comparaison entre la compétence des pays du Commonwealth en matière d'échanges et de commerce prévue par la Constitution australienne et celle qui existe dans la Constitution canadienne. Certes, il y a des différences importantes entre les deux documents, mais l'idée générale qui ressort de l'arrêt *Murphyores* est néanmoins valide en l'espèce. Cet arrêt souligne le risque de croire à tort que l'environnement est une question accessoire lorsqu'il s'agit de faire des choix législatifs ou de prendre des décisions administratives. De toute évidence, cela ne peut être le cas. Tout simplement, l'environnement comprend tout ce qui nous entoure et, comme tel, doit être à la base d'un grand nombre de décisions courantes.

Environmental impact assessment is, in its simplest form, a planning tool that is now generally regarded as an integral component of sound decision-making. Its fundamental purpose is summarized by R. Cotton and D. P. Emond in "Environmental Impact Assessment", in J. Swaigen, ed., *Environmental Rights in Canada* (1981), 245, at p. 247:

The basic concepts behind environmental assessment are simply stated: (1) early identification and evaluation of all potential environmental consequences of a proposed undertaking; (2) decision making that both guarantees the adequacy of this process and reconciles, to the greatest extent possible, the proponent's development desires with environmental protection and preservation.

As a planning tool it has both an information-gathering and a decision-making component which provide the decision maker with an objective basis for granting or denying approval for a proposed development; see M. I. Jeffery, *Environmental Approvals in Canada* (1989), at p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), at p. 5. In short, environmental impact assessment is simply descriptive of a process of decision making.

The *Guidelines Order* has merely added to the matters that federal decision makers should consider. If the Minister of Transport was specifically assigned the task of weighing concerns regarding fisheries in weighing applications to construct works in navigable waters, could there be any complaint that this was *ultra vires*? All that it would mean is that a decision maker charged with making one decision must also consider other matters that fall within federal power. I am not unmindful of what was said by counsel for the Attorney General for Saskatchewan who sought to characterize the *Guidelines Order* as a constitutional Trojan horse enabling the federal government, on the pretext of some narrow ground of federal jurisdiction, to conduct a far ranging inquiry into matters that are exclusively within provincial

L'évaluation des incidences environnementales est, sous sa forme la plus simple, un outil de planification que l'on considère généralement comme faisant partie intégrante d'un processus éclairé de prise de décisions. R. Cotton et D. P. Emond, dans un ouvrage intitulé «Environmental Impact Assessment», dans J. Swaigen, dir., *Environmental Rights in Canada* (1981), 245, à la p. 247, résumant l'objet fondamental de cette évaluation:

[TRADUCTION] Les concepts fondamentaux à la base de l'évaluation environnementale peuvent être énoncés en termes simples: (1) déterminer et évaluer avant coup toutes les conséquences environnementales possibles d'une entreprise proposée; (2) permettre une prise de décisions qui à la fois garantira l'à-propos du processus et conciliera le plus possible les désirs d'aménagement du promoteur et la protection et la préservation de l'environnement.

En tant qu'outil de planification, le processus d'évaluation renferme un mécanisme de collecte de renseignements et de prise de décisions, qui fournit au décideur une base objective sur laquelle il pourra s'appuyer pour autoriser ou refuser un projet d'aménagement; voir M. I. Jeffery, *Environmental Approvals in Canada* (1989), à la p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), à la p. 5. Bref, l'évaluation des incidences environnementales constitue simplement une description du processus de prise de décisions.

Le *Décret sur les lignes directrices* vient simplement s'ajouter aux questions dont les décideurs fédéraux doivent tenir compte. Si le ministre des Transports devait spécifiquement tenir compte des préoccupations en matière de pêche dans l'examen des demandes de construction d'ouvrages dans les eaux navigables, pourrait-on soulever que cette attribution de compétence est *ultra vires*? Tout ce que cela signifierait est que le décideur doit aussi prendre en considération d'autres questions qui relèvent de la compétence fédérale. Je ne suis pas indifférent aux propos du substitut du procureur général de la Saskatchewan qui a cherché à qualifier le *Décret sur les lignes directrices* de cheval de Troie constitutionnel permettant au gouvernement fédéral, sous prétexte de l'existence de quelque champ restreint de compétence fédérale, de procé-

jurisdiction. However, on my reading of the *Guidelines Order* the “initiating department” assigned responsibility for conducting an initial assessment, and if required, the environmental review panel, are only given a mandate to examine matters directly related to the areas of federal responsibility affected. Thus, an initiating department or panel cannot use the *Guidelines Order* as a colourable device to invade areas of provincial jurisdiction which are unconnected to the relevant heads of federal power.

Because of its auxiliary nature, environmental impact assessment can only affect matters that are “truly in relation to an institution or activity that is otherwise within [federal] legislative jurisdiction”; see *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 808. Given the necessary element of proximity that must exist between the impact assessment process and the subject matter of federal jurisdiction involved, this legislation can, in my view, be supported by the particular head of federal power invoked in each instance. In particular, the *Guidelines Order* prescribes a close nexus between the social effects that may be examined and the environmental effects generally. Section 4 requires that the social effects examined at the initial assessment stage be “directly related” to the potential environmental effects of a proposal, as does s. 25 in respect of the terms of reference under which an environmental assessment panel may operate. Moreover, where the *Guidelines Order* has application to a proposal because it affects an area of federal jurisdiction, as opposed to the other three bases for application enumerated in s. 6, the environmental effects to be studied can only be those which may have an impact on the areas of federal responsibility affected.

I should make it clear, however, that the scope of assessment is not confined to the particular head

der à un examen approfondi de questions qui relèvent exclusivement de la compétence des provinces. Toutefois, suivant mon interprétation du *Décret sur les lignes directrices*, le «ministère responsable» qui procède à l'évaluation initiale et, au besoin, la Commission d'évaluation environnementale n'ont que le mandat d'examiner les questions se rapportant directement aux domaines de compétence fédérale concernés. En conséquence, le ministère responsable ou la commission ne peuvent se servir du *Décret sur les lignes directrices* comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compétence fédérale concernés.

À cause de son caractère accessoire, l'évaluation des incidences environnementales doit «véritablement viser une institution ou une activité qui relève de la compétence législative [fédérale]»; voir l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 808. Compte tenu de l'élément nécessaire de proximité qui doit exister entre le processus d'évaluation environnementale et le domaine de compétence fédérale concerné, ce texte législatif peut, à mon avis, s'appuyer sur le domaine particulier de compétence fédérale invoqué dans chaque cas. Plus particulièrement, le *Décret sur les lignes directrices* exige un rapport étroit entre les répercussions sociales susceptibles d'être examinées et les répercussions environnementales en général. Aux termes de l'art. 4, les répercussions sociales examinées, au cours de l'étape initiale d'évaluation, doivent être «directement liées» aux effets possibles de la proposition sur l'environnement, à l'instar de l'art. 25 portant sur le mandat en vertu duquel une commission d'évaluation environnementale peut agir. Par ailleurs, dans le cas où le *Décret sur les lignes directrices* s'applique à une proposition parce qu'elle a des répercussions sur un domaine de compétence fédérale, par opposition aux trois autres cas d'application prévus à l'art. 6, les répercussions environnementales à examiner sont seulement celles qui peuvent avoir une incidence sur les domaines de compétence fédérale touchés.

Toutefois, je dois préciser que l'étendue de l'évaluation n'est pas limitée au domaine particu-



of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility within the meaning of the term "proposal". Such a responsibility, as I stated earlier, is a necessary condition to engage the process, but once the initiating department has thus been given authority to embark on an assessment, that review must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction. There is no constitutional obstacle preventing Parliament from enacting legislation under several heads of power at the same time; see *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, and *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 350. In the case of the *Guidelines Order*, Parliament has conferred upon one institution (the "initiating department") the responsibility, in the exercise of its decision-making authority, for assessing the environmental implications on all areas of federal jurisdiction potentially affected. Here, the Minister of Transport, in his capacity of decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*, is directed to consider the environmental impact of the dam on such areas of federal responsibility as navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands, to name those most obviously relevant in the circumstances here.

In essence, then, the *Guidelines Order* has two fundamental aspects. First, there is the substance of the *Guidelines Order* dealing with environmental impact assessment to facilitate decision making under the federal head of power through which a proposal is regulated. As I mentioned earlier, this aspect of the *Guidelines Order* can be sustained on the basis that it is legislation in relation to the relevant subject matters enumerated in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The second aspect of the legislation is its procedural or organizational element that coordinates the process of assessment, which can in any given case touch upon several areas of federal responsibility, under the auspices of a designated decision maker, or in the vernacular of the *Guidelines Order*, the "initiating department". This facet of the legislation has as its object the regulation of the institutions and agencies of

lier de compétence à l'égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions au sens du terme «proposition». Cette participation, comme je l'ai déjà mentionné, est une condition nécessaire à l'application du processus; toutefois, lorsque le ministère responsable a reçu le pouvoir de procéder à l'évaluation, cet examen doit tenir compte des répercussions environnementales dans tous les domaines de compétence fédérale. Aucun obstacle constitutionnel n'empêche le Parlement d'adopter un texte législatif en vertu de plusieurs domaines de compétence en même temps; voir les arrêts *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, et *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, à la p. 350. Dans le cas du *Décret sur les lignes directrices*, le Parlement a conféré à une institution (le «ministère responsable») la responsabilité, dans l'exercice de son pouvoir de décision, d'évaluer les répercussions environnementales sur tous les domaines de compétence fédérale susceptibles d'être touchés. En l'espèce, le ministre des Transports, à titre de décideur en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, doit examiner les incidences environnementales du barrage sur les domaines de compétence fédérale, comme les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes, pour ne nommer que ceux qui sont le plus pertinents dans les circonstances.

Essentiellement, le *Décret sur les lignes directrices* comporte deux aspects fondamentaux. Il y a tout d'abord l'aspect de fond qui porte sur l'évaluation des incidences environnementales, dont l'objet est de faciliter la prise de décisions dans le domaine de compétence fédérale qui régit une proposition. Comme je l'ai mentionné, cet aspect du *Décret sur les lignes directrices* peut être maintenu au motif qu'il s'agit d'un texte législatif se rapportant aux matières pertinentes énumérées à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le deuxième aspect est l'élément procédural ou organisationnel coordonnant le processus d'évaluation, qui peut dans un cas donné toucher plusieurs domaines de compétence fédérale, relevant d'un décideur désigné ou, pour employer le jargon du *Décret sur les lignes directrices*, le «ministère responsable». Cette facette vise à réglementer la façon dont les

the Government of Canada as to the manner in which they perform their administrative functions and duties. This, in my view, is unquestionably *intra vires* Parliament. It may be viewed either as an adjunct of the particular legislative powers involved, or, in any event, be justifiable under the residuary power in s. 91.

The Court adopted a similar approach in the related situation that arose in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, *supra*. There this Court dealt with the constitutional validity, on a division of powers basis, of certain provisions of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, the *Evidence Act* of New Brunswick, R.S.N.B. 1952, c. 74, and the *Official Languages of New Brunswick Act*, S.N.B. 1969, c. 14. The federal legislation made English and French the official languages of Canada, and the impugned provisions recognized both languages in the federal courts and in criminal proceedings. Laskin C.J. held, at p. 189:

... I am in no doubt that it was open to the Parliament of Canada to enact the *Official Languages Act* (limited as it is to the purposes of the Parliament and Government of Canada and to the institutions of that Parliament and Government) as being a law "for the peace, order and good government of Canada in relation to [a matter] not coming within the classes of subjects ... assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces". The quoted words are in the opening paragraph of s. 91 of the *British North America Act*; and, in relying on them as constitutional support for the *Official Languages Act*, I do so on the basis of the purely residuary character of the legislative power thereby conferred. No authority need be cited for the exclusive power of the Parliament of Canada to legislate in relation to the operation and administration of the institutions and agencies of the Parliament and Government of Canada. Those institutions and agencies are clearly beyond provincial reach. [Emphasis added.]

The Court went on to uphold the federal legislation on the additional grounds that it was valid under Parliament's criminal jurisdiction (s. 91(27)) and

institutions et organismes du gouvernement du Canada exercent leurs fonctions et responsabilités administratives. Cela, à mon avis, est indiscutablement *intra vires* du Parlement. Cet aspect peut être considéré comme un pouvoir accessoire de la compétence législative en cause, ou de toute façon, être justifié en vertu du pouvoir résiduel prévu à l'art. 91.

Dans une situation connexe, la Cour a adopté une analyse similaire dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait trancher la question de la constitutionnalité, en fonction du partage des compétences, de certaines dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, de l'*Evidence Act* du Nouveau-Brunswick, R.S.N.B. 1952, ch. 74, et de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, S.N.B. 1969, ch. 14. La loi fédérale faisait du français et de l'anglais les langues officielles du Canada; les dispositions attaquées reconnaissaient l'utilisation des deux langues officielles devant les tribunaux fédéraux et dans les procédures criminelles. Le juge en chef Laskin affirme à la p. 189:

... je ne doute aucunement qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la *Loi sur les langues officielles* (restreinte qu'elle est à ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada, et aux institutions de ces Parlement et gouvernement) à titre de loi «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à [une matière] ne tombant pas dans les catégories de sujets ... exclusivement assignés aux législatures des provinces». Les termes en question sont extraits de l'alinéa liminaire de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; et, en me basant sur eux comme fondement constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles*, je ne tiens compte que du caractère purement résiduaire du pouvoir législatif qu'ils confèrent. Point n'est besoin de citer de précédent à l'appui du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer relativement au fonctionnement et à l'administration des institutions et organismes du Parlement et du gouvernement du Canada. Ces institutions et organismes sont de toute évidence hors de la portée des provinces. [Je souligne.]

La Cour a également confirmé la loi fédérale en vertu de la compétence du Parlement en matière de droit criminel (par. 91(27)) et d'établissement de

federal power over federal courts (s. 101). Laskin C.J. also remarked that there was no constitutional impediment preventing Parliament from adding to the range of privileged or obligatory use of English and French in institutions or activities that are subject to federal control. For similar reasons, the provincial legislation providing for the use of both official languages in the courts of New Brunswick was upheld on the basis of its power over the administration of justice in the province (s. 92(14)).

In the end, I am satisfied that the *Guidelines Order* is in pith and substance nothing more than an instrument that regulates the manner in which federal institutions must administer their multifarious duties and functions. Consequently, it is nothing more than an adjunct of the federal legislative powers affected. In any event, it falls within the purely residuary aspect of the "Peace, Order, and good Government" power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Any intrusion into provincial matters is merely incidental to the pith and substance of the legislation. It must also be remembered that what is involved is essentially an information gathering process in furtherance of a decision-making function within federal jurisdiction, and the recommendations made at the conclusion of the information gathering stage are not binding on the decision maker. Neither the initiating department nor the panel are given power to subpoena witnesses, as was the case in *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, where the Court held that certain provisions of the *Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63, which, *inter alia*, allowed the province to investigate accidents and issue remedial orders, were inapplicable to an inter-provincial railway undertaking. I should add that Alberta's extensive reliance on that decision is misplaced. It is wholly distinguishable from the present case on several grounds, most importantly that the impugned provincial legislation there was made compulsory against a federal undertaking

tribunaux fédéraux (art. 101). Le juge en chef Laskin indique aussi que rien dans la Constitution n'empêche le Parlement d'étendre le champ de l'emploi privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les institutions ou les activités qui relèvent du contrôle fédéral. Pour des motifs semblables, la loi provinciale prévoyant l'utilisation des deux langues officielles devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick a été jugée valide en raison de la compétence des provinces en matière d'administration de la justice (par. 92(14)).

En fin de compte, je suis convaincu que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* n'est rien de plus qu'un instrument qui régit la façon dont les institutions fédérales doivent gérer leurs diverses fonctions. En conséquence, il n'est rien de plus qu'un ajout à l'exercice des compétences législatives fédérales concernées. Quoiqu'il en soit, ce texte peut être adopté en vertu du pouvoir purement résiduel à titre de loi «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada» en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute ingérence dans la sphère de compétence provinciale est simplement accessoire au caractère véritable du texte législatif. On doit aussi rappeler, d'une part, que le processus d'évaluation est essentiellement un processus de collecte de renseignements destiné à faciliter la prise de décisions relevant du fédéral et, d'autre part, que les recommandations présentées à la fin de l'étape de collecte de renseignements ne lient pas le décideur. Ni le ministère responsable ni la commission ne peuvent assigner des témoins à comparaître, comme c'était le cas dans l'arrêt *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, dans lequel, la Cour a statué que certaines dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, ch. 63, qui permettaient notamment à la province d'enquêter sur les accidents et d'émettre des avis de correction, étaient inapplicables à une entreprise ferroviaire interprovinciale. Je tiens à préciser que l'Alberta a, à tort, accordé une trop grande importance à cet arrêt. Celui-ci se distingue de la présente affaire pour plusieurs motifs, le plus important étant que le texte législatif provincial attaqué dans cet arrêt était impératif à l'égard d'une entreprise fédérale

and was interpreted by the Court as regulating the undertaking.

For the foregoing reasons I find that the *Guidelines Order* is *intra vires* Parliament and would thus answer the constitutional question in the negative.

#### *Discretion*

The last substantive issue raised in this appeal is whether the Federal Court of Appeal erred in interfering with the motions judge's discretion not to grant the remedies sought, namely orders in the nature of *certiorari* and *mandamus*, on the grounds of unreasonable delay and futility. Stone J.A. found that the motions judge had erred in a way that warranted interference with the exercise of his discretion on both grounds.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion were not extensively considered, only their application to this case. Stone J.A. cited *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.), which in turn approved of the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138:

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such

et a été interprété par la Cour comme réglementant l'entreprise.

Pour ces motifs, je conclus que le *Décret sur les lignes directrices* est *intra vires* du Parlement et je répondrais par la négative à la question constitutionnelle.

#### *Le pouvoir discrétionnaire*

La dernière question de fond soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation sollicitée, en l'occurrence un bref de la nature d'un *certiorari* et un bref de la nature d'un *mandamus*, en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure. Le juge Stone a statué que le juge des requêtes avait commis un type d'erreur justifiant la Cour d'appel de modifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur les deux motifs.

Les principes qui régissent l'examen en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure n'ont pas été examinés en profondeur, seule leur application aux faits de l'espèce l'a été. Le juge Stone a cité l'arrêt *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.), qui approuve l'énoncé suivant du vicomte Simon, lord Chancelier, dans *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138:

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des consi-

as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified.

That was essentially the standard adopted by this Court in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, where Beetz J. said, at p. 588:

Second, in declining to evaluate, difficult as it may have been, whether or not the failure to render natural justice could be cured in the appeal, the learned trial judge refused to take into consideration a major element for the determination of the case, thereby failing to exercise his discretion on relevant grounds and giving no choice to the Court of Appeal but to intervene. [Emphasis added.]

What, then, are the relevant considerations that should have been weighed by the motions judge in exercising his discretion? The first ground on which the motions judge exercised his discretion to refuse prerogative relief was delay. There is no question that unreasonable delay may bar an applicant from obtaining a discretionary remedy, particularly where that delay would result in prejudice to other parties who have relied on the challenged decision to their detriment, and the question of unreasonableness will turn on the facts of each case; see S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 423, and D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at pp. 373-74. The motions judge took cognizance of the period of time that elapsed between approval being granted by the Minister of Transport on September 18, 1987 and the filing of the notice of motion in this action on April 21, 1989, and the fact that the project was approximately 40 percent complete by that time. With respect, however, he ignored a considerable amount of activity undertaken by the respondent Society before taking this action, some of which was referred to by Stone J.A. I should note at this point that Stone J.A. was mistaken when he stated that this action was taken only two months after the Society became aware that approval had been granted. During cross-examination on her affidavit in support of the application, Ms. Kostuch, the vice-president of the Society, admitted that the Society became aware of the

dérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance.

C'était essentiellement le critère adopté par notre Cour dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, dans lequel, le juge Beetz affirme à la p. 588:

Deuxièmement, en refusant d'évaluer, malgré la difficulté, si le défaut de respecter la justice naturelle pouvait être corrigé en appel, le savant juge de première instance a refusé de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce; de ce fait, il n'exerçait pas son pouvoir discrétionnaire pour des motifs pertinents et ne laissait à la Cour d'appel d'autre choix que d'intervenir. [Je souligne.]

Quelles sont alors les considérations pertinentes dont le juge des requêtes aurait dû tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? La question du retard est le premier motif invoqué par le juge des requêtes lorsqu'il a, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refusé d'accorder le bref de prérogative. Il n'y a pas de doute qu'un retard déraisonnable peut empêcher un requérant d'obtenir un redressement assujéti à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, notamment dans le cas où ce retard risquerait d'être préjudiciable à d'autres parties qui se seraient fiées, à leur détriment, à la décision contestée; la question du caractère déraisonnable dépendra des faits de chaque affaire; voir S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980), à la p. 423, et D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), aux pp. 373 et 374. Le juge des requêtes a, d'une part, tenu compte du délai qui s'est écoulé entre l'approbation accordée par le ministre des Transports le 18 septembre 1987 et le dépôt de l'avis de requête dans la présente action le 21 avril 1989 et, d'autre part, du fait que le projet était déjà complété à environ 40 pour 100 à cette date. Toutefois, en toute déférence, il n'a pas tenu compte d'un grand nombre de mesures que la Société intimée a prises avant d'entamer la présente contestation, dont certaines ont été mentionnées par le juge Stone. Je tiens à faire remarquer que le juge Stone s'est trompé lorsqu'il a affirmé que les procédures avaient été intentées deux mois seulement après que la Société

approval on February 16, 1988, some 14 months before the present action was launched.

eut été mise au courant de la décision d'accorder l'approbation. Au cours du contre-interrogatoire relatif à son affidavit à l'appui de la demande, M<sup>me</sup> Kostuch, vice-présidente, a reconnu que la Société avait été mise au courant de l'approbation le 16 février 1988, soit quelque 14 mois avant le début de la présente action.

This was not the only action taken by the Society in opposition to the dam, however. The Society first brought an action in October 1987 seeking *certiorari* with prohibition in aid to quash an interim licence issued by the Minister of the Environment of Alberta pursuant to the *Water Resources Act*. On December 8, 1987 Moore C.J.Q.B. quashed all licences and permits issued by the Minister on the grounds that the department had not filed the requisite approvals with its application, that it had not referred the matter to the Energy Resources Conservation Board as required by s. 17 of the Act, and that the Minister's delegate had wrongfully exercised his discretion in waiving the public notice requirements set out in the Act: *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321. Another interim licence was issued on February 5, 1988 and again the respondent brought an application to quash that licence, principally on the ground that the requirement for giving public notice had been improperly waived. The application was dismissed by Picard J. who held that the appropriate material had been filed with the application for the licence and that the Minister's delegate had acted within his jurisdiction in waiving public notice: *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339 (Q.B.).

Toutefois, la présente action n'est pas la seule engagée par la Société relativement à la construction du barrage. La Société a tout d'abord intenté une action en octobre 1987, sollicitant la délivrance d'un bref de *certiorari* assorti d'un bref de prohibition visant à annuler un permis provisoire délivré par le ministre de l'Environnement de l'Alberta conformément à la *Water Resources Act*. Le 8 décembre 1987, le juge en chef Moore de la Cour du Banc de la Reine a annulé tous les permis qui avaient été délivrés par le ministre parce que le ministère n'avait pas déposé les approbations nécessaires avec sa demande, qu'il n'avait pas soumis la question à l'examen de l'Energy Resources Conservation Board conformément à l'art. 17 de la Loi et que le délégué du ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en renonçant aux exigences prévues dans la Loi relativement aux avis publics: *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321. Un autre permis provisoire a été délivré le 5 février 1988; l'intimée a de nouveau présenté une demande d'annulation de ce permis, principalement au motif que l'on avait à tort renoncé aux avis publics. La demande a été rejetée par le juge Picard, qui a statué que les documents appropriés avaient été déposés en même temps que la demande de permis et que le délégué du ministre avait le pouvoir de renoncer à l'avis public: *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339 (B.R.).

In the meantime, the respondent Society had been petitioning the Alberta Energy Resources Conservation Board to conduct a public hearing into the hydro-electric aspects of the dam pursuant to the *Hydro and Electric Energy Act*. The Board replied on December 18, 1987 refusing the Society's request for the reason that the dam did

Entretemps, la Société intimée avait demandé à l'Energy Resources Conservation Board de l'Alberta de tenir une audience publique aux fins de l'examen des aspects hydro-électriques du barrage conformément à l'*Hydro and Electric Energy Act*. Dans sa réponse du 18 décembre 1987, le Board a refusé d'acquiescer à la demande de la Société au

not constitute a "hydro development" within the meaning of the Act. An application was taken for leave to appeal that decision to the Alberta Court of Appeal which refused leave, agreeing with the Board that the project was not a hydro development, even though it was designed to allow for the future installation of a power generating facility: *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280. Finally, Ms. Kostuch swore an information before a justice of the peace alleging that an offence had been committed under s. 35 of the *Fisheries Act*. After summonses were issued, the Attorney General for Alberta intervened and stayed the proceedings on August 19, 1988. I have already documented the correspondence directed to the federal Minister of the Environment and Minister of Fisheries and Oceans through 1987 and 1988 in which members of the Society sought to have the *Guidelines Order* invoked, all to no avail. This action was taken shortly after the Trial Division of the Federal Court in *Canadian Wildlife* held that the *Guidelines Order* was binding on the Minister of the Environment.

In my view, this chronology of events represents a concerted and sustained effort on the part of the Society to challenge the legality of the process followed by Alberta to build this dam and the acquiescence of the appellant Ministers. While these events were taking place, construction of the dam continued, despite ongoing legal proceedings; and as at the date of the hearing before this Court, counsel for Alberta advised that the dam had been substantially completed. I can find no evidence that Alberta has suffered any prejudice from any delay in taking this action; there is no indication whatever that the province was prepared to accede to an environmental impact assessment under the *Guidelines Order* until it had exhausted all legal avenues, including an appeal to this Court. The motions judge did not weigh these considerations adequately or at all. Accordingly, the Court of

motif que le barrage ne constituait pas un [TRADUCTION] «développement hydro-électrique» au sens de la Loi. Une demande d'autorisation d'appel a été présentée à la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté la demande, souscrivant à l'opinion du Board qu'il ne s'agissait pas d'un projet hydro-électrique, même s'il devait permettre l'installation future d'une centrale électrique: *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280. Enfin, M<sup>me</sup> Kostuch a déposé une dénonciation devant un juge de paix dans laquelle elle allègue qu'une infraction a été commise en contravention de l'art. 35 de la *Loi sur les pêches*. Après les assignations, le procureur général de l'Alberta est intervenu et a ordonné un arrêt des procédures le 19 août 1988. J'ai déjà examiné les lettres adressées au ministre fédéral de l'Environnement et au ministre des Pêches et des Océans en 1987 et 1988, dans lesquelles des membres de la Société ont cherché en vain à faire appliquer le *Décret sur les lignes directrices*. La présente action a été intentée peu de temps après que la Section de première instance de la Cour fédérale eut décidé dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune* que le ministre de l'Environnement était lié par le *Décret sur les lignes directrices*.

À mon avis, cette chronologie indique que la Société s'est efforcée d'une façon soutenue et concertée de contester d'une part, la légalité des mesures prises par l'Alberta relativement à la construction du barrage et d'autre part, l'acquiescement des ministres appelants. Pendant tout ce temps, la construction du barrage s'est poursuivie, en dépit des contestations judiciaires en cours; à la date de l'audience devant notre Cour, l'avocat de l'Alberta nous a informés que la construction du barrage était en grande partie achevée. Je ne crois pas qu'il existe une preuve que l'Alberta a subi un préjudice quelconque en raison d'un retard à intenter la présente action; rien n'indique que la province était disposée à consentir à une évaluation des incidences environnementales en vertu du *Décret sur les lignes directrices* avant l'épuisement de tous les recours légaux, y compris le pourvoi devant notre Cour. Le juge des requêtes n'a pas suffisamment accordé d'importance à ces considé-

Appeal was justified in interfering with the exercise of his discretion on this point.

The remaining ground for refusing to grant prerogative relief was on the basis of futility, namely that environmental impact assessment under the *Guidelines Order* would be needlessly repetitive in view of the studies that were conducted in the past. In my view this was not a proper ground to refuse a remedy in these circumstances. Prerogative relief should only be refused on the ground of futility in those few instances where the issuance of a prerogative writ would be effectively nugatory. For example, a case where the order could not possibly be implemented, such as an order of prohibition to a tribunal if nothing is left for it to do that can be prohibited; see de Smith, *supra*, at pp. 427-28. It is a different matter, though, where it cannot be determined *a priori* that an order in the nature of prerogative relief will have no practical effect. In the present case, aside from what Stone J.A. has already said concerning the qualitative differences between the process mandated by the *Guidelines Order* and what has gone before, it is not at all obvious that the implementation of the *Guidelines Order* even at this late stage will not have some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact from the dam on an area of federal jurisdiction. I have therefore concluded that the Court of Appeal did not err in interfering with the motions judge's exercise of discretion to deny the relief sought.

On the matter of costs, it is my view that this is a proper case for awarding costs on a solicitor-client basis to the respondent Society, given the Society's circumstances and the fact that the federal Ministers were joined as appellants even though they did not earlier seek leave to appeal to this Court.

rations ou les a ignorées. En conséquence, la Cour d'appel était justifiée de modifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur ce point.

a

L'autre motif du refus de délivrer un bref de prérogative se fondait sur la futilité de la procédure, savoir que l'évaluation des incidences environnementales en vertu du *Décret sur les lignes directrices* serait inutilement répétitive en raison des études réalisées dans le passé. À mon avis, ce motif ne pouvait justifier un refus dans les circonstances. La délivrance d'un bref de prérogative devrait être refusée pour motif de futilité seulement dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. Par exemple, le cas où l'ordonnance ne pourrait pas être exécutée, savoir une ordonnance de prohibition à l'encontre d'un tribunal s'il ne lui reste rien à faire qui puisse être interdit; voir de Smith, *op. cit.*, aux pp. 427 et 428. Ce n'est pas du tout la même situation lorsque l'on ne peut déterminer *a priori* qu'une ordonnance de la nature d'un bref de prérogative n'aura aucune incidence sur le plan pratique. En l'espèce, mis à part ce que le juge Stone a déjà dit relativement aux différences du point de vue qualitatif entre l'évaluation prévue par le *Décret sur les lignes directrices* et les études antérieures, il n'est pas du tout évident que l'application du *Décret sur les lignes directrices*, même à cette étape tardive, n'aura pas un certain effet sur les mesures susceptibles d'être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste que pourrait avoir le barrage sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, je conclus que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en modifiant la décision du juge des requêtes de refuser, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le redressement sollicité.

En ce qui concerne les dépens, à mon avis, il s'agit d'un cas où il est approprié d'accorder les dépens comme entre procureur et client à la Société intimée, compte tenu de la situation de cette dernière et du fait que les ministères fédéraux ont été joints comme appelants même s'ils n'avaient pas auparavant présenté une demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour.



Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal, with the exception that there shall be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the *Guidelines Order*, with solicitor and client costs to the respondent throughout. I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague La Forest J. and respectfully disagree with him on three points. In my view:

1. The Crown is not bound by the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22 (“*N.W.P.A.*”).

2. The Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 18, wrongly interfered with the discretion exercised by the motions judge in refusing the prerogative remedy.

3. The appellants should not be called upon to pay costs on a solicitor and client basis.

I agree with his analysis of the constitutional questions and with his interpretation of the provisions implementing the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.

### 1. Crown Immunity

The question here is a simple one: is the Crown bound by the *N.W.P.A.*? For the purposes of this discussion, no distinction is to be drawn between the federal and provincial Crowns. The Crown is indivisible for this purpose: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at pp. 272-73.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, sauf qu’il ne sera pas délivré de bref de la nature d’un *mandamus* ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*, avec dépens comme entre procureur et client en faveur de l’intimée dans toutes les cours. Je suis d’avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON (dissent)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et, avec égards, je ne suis pas d’accord avec lui sur trois points. À mon avis:

1. La Couronne n’est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22 («*L.P.E.N.*»).

2. La Cour d’appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18, a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder le bref de prérogative.

3. Les appelants ne devraient pas être contraints de payer les dépens comme entre procureur et client.

Je suis d’accord avec son analyse des questions constitutionnelles et avec son interprétation des dispositions de mise en œuvre du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement*, DORS/84-467.

### 1. L’immunité de la Couronne

En l’espèce, la question est simple: la Couronne est-elle liée par la *L.P.E.N.*? Pour les fins de la présente analyse, je n’établis pas de distinction entre les Couronnes fédérale et provinciales. La Couronne est indivisible à cette fin: *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, aux pp. 272 et 273.

Pursuant to the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (formerly R.S.C. 1970, c. I-23), the Crown is not bound by legislation unless it is mentioned or referred to in the legislation. This has been interpreted in *Alberta Government Telephones*, at p. 281, as follows:

It seems to me that the words "mentioned or referred to" in s. 16 [now s. 17] are capable of encompassing: (1) expressly binding words ("Her Majesty is bound"); (2) a clear intention to bind which, in *Bombay* terminology, "is manifest from the very terms of the statute", in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions, as in *Ouellette*, *supra*; and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be "wholly frustrated" if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

All parties agree that there are no words in the *N.W.P.A.* "expressly binding" the Crown. In my view, it also cannot be said that a clear intention to bind the Crown "is manifest from the very terms of the statute". In making that determination, one is confined to the four corners of the statute. We must not forget that *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.), is no longer applicable in light of the express provisions of the *Interpretation Act*, except to the extent that it is adopted as it was in *Alberta Government Telephones*, which I take to be governing.

The respondent Society must therefore show that excluding the Crown would wholly frustrate the purpose of the *N.W.P.A.* or produce an absurdity. I am reminded by the Privy Council in *Bombay* that if the intention is to bind the Crown, "nothing is easier than to say so in plain words" (p. 63).

Does the failure to include the Crown work an absurdity? It is not enough that there be a gap: *Alberta Government Telephones*, at p. 283. The *N.W.P.A.* applies to private and municipal under-

Conformément à la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-23), nul texte législatif ne lie la Couronne, sauf dans la mesure qui y est mentionnée ou prévue. La portée de ces termes a été interprétée dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, à la p. 281:

Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l'art. 16 [maintenant l'art. 17] peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l'arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d'autres termes, une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions, comme dans l'arrêt *Ouellette*, précité; et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé [ . . . ] de toute efficacité» si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lorsqu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

Toutes les parties sont d'avis que la *L.P.E.N.* ne renferme pas de termes qui «lient expressément» la Couronne. À mon avis, on ne peut soutenir qu'il existe une intention claire de lier la Couronne, qui «ressort du texte même de la loi». En prenant cette décision, on doit se limiter à ce que dit le texte législatif. Nous ne devons pas oublier que l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.), n'est plus applicable compte tenu des dispositions expresses de la *Loi d'interprétation*, sauf dans la mesure où il est adopté comme dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, qui, à mon avis, est l'arrêt de principe.

La Société intimée doit en conséquence démontrer que la *L.P.E.N.* serait privée de toute efficacité ou donnerait lieu à une absurdité si la Couronne n'était pas liée. Je dois garder à l'esprit l'arrêt *Bombay*, dans lequel le Conseil privé a dit que si l'intention du législateur est de lier la Couronne, [TRADUCTION] «rien de plus facile que de le dire en toutes lettres» (p. 63).

Si la Couronne n'est pas liée, cette situation donne-t-elle lieu à une absurdité? L'existence d'un vide ne suffit pas: *Alberta Government Telephones*, à la p. 283. La *L.P.E.N.* s'applique aux entreprises

takings and a moment's reflection reveals that there are many non-governmental agencies whose activities are thus subject to the *N.W.P.A.* There is thus no emasculation of the *N.W.P.A.*

Nor are the courts to assume bad faith on the part of the Crown in carrying out activities which might otherwise be regulated.

If the Crown interferes with public rights of navigation, that wrong is remediable by action. In short, there is no ground for saying that the *N.W.P.A.* will be frustrated by actions of government. There is ample scope in the regulation of non-governmental activities, and it cannot be said the object of the *N.W.P.A.* is frustrated.

I must mention briefly an argument that in invoking the *N.W.P.A.*, the appellant Alberta accepted the burden of the environmental regulation regime. There is no significant benefit in approval under the *N.W.P.A.* Tort actions may still lie. The *N.W.P.A.* does not expressly confer benefits of any type. Moreover, it is not clear that approval under s. 5 of the *N.W.P.A.* would necessarily provide any protection from possible actions in tort. In *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (S.C.C.), Fitzpatrick C.J. of this Court held at pp. 218-19 that:

In considering the interpretation to be put upon this Act [the *N.W.P.A.*, R.S.C. 1906, c. 115], it must be borne in mind that every work constructed in navigable waters is not necessarily such an interference with navigation as to constitute an illegal obstruction. It may, however, be so and, as such, liable to be removed by the proper authority. It is therefore of great advantage to persons proposing to construct works for which there is no sanction to be able to obtain beforehand the approval of the Governor-in-Council under sec. 7; the provision is, however, purely permissive and the section does not provide for any consequences following upon the approval, certainly not that it shall render legal anything which would be illegal. Any interference with a public right of navigation is a nuisance which the Courts can

privées et municipales; réflexion faite, on se rend compte qu'il existe de nombreux organismes non gouvernementaux dont les activités sont régies par la *L.P.E.N.* L'objet de la *L.P.E.N.* n'est donc pas annihilé.

Par ailleurs, les tribunaux ne concluront pas à la mauvaise foi de la Couronne lorsqu'elle exerce des activités qui pourraient à d'autres égards être réglementées.

Si la Couronne porte atteinte aux droits publics de navigation, il est possible de la poursuivre en justice. Bref, on ne peut soutenir que la *L.P.E.N.* sera privée d'efficacité en raison des actes de l'État. La réglementation des activités non gouvernementales est vaste et on ne peut soutenir que l'objet de la *L.P.E.N.* est privé d'efficacité.

Il me faut mentionner brièvement l'argument que l'appelante l'Alberta, en invoquant l'application de la *L.P.E.N.*, aurait accepté d'être assujettie à la réglementation en matière environnementale. Il n'y a pas d'avantage important lié à l'approbation en vertu de la *L.P.E.N.* Il peut y avoir ouverture à responsabilité civile. La *L.P.E.N.* ne confère pas expressément d'avantages. Par ailleurs, il n'est pas évident que l'approbation accordée en vertu de l'art. 5 de la *L.P.E.N.* écarterait la possibilité de responsabilité civile. Dans l'arrêt *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (C.S.C.), le juge en chef Fitzpatrick de notre Cour a statué, aux pp. 218 et 219, que:

[TRADUCTION] Dans l'examen de l'interprétation à donner à cette loi [la *L.P.E.N.*, S.R.C. 1906, ch. 115], on doit se rappeler que tout ouvrage construit dans les eaux navigables ne gêne pas nécessairement la navigation de façon à constituer une obstruction illégale. Cependant, dans l'affirmative, l'ouvrage pourrait être enlevé par l'autorité compétente. En conséquence, il est à l'avantage des personnes qui se proposent de construire des ouvrages, pour lesquels il n'existe pas de sanction, de pouvoir obtenir, préalablement au début des travaux, l'approbation du gouverneur en conseil en vertu de l'art. 7; cette disposition ne fait toutefois qu'accorder une permission et ne prévoit pas de conséquences une fois l'approbation obtenue; elle ne rendrait certainement pas légal un ouvrage qui serait illégal. Toute atteinte à

order abated notwithstanding any approval by the Governor-in-Council under sec. 7. [Emphasis added.]

un droit public de navigation est une nuisance à laquelle les tribunaux peuvent mettre fin, nonobstant l'approbation qu'aurait pu donner le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 7. [Je souligne.]

## 2. Discretion

The remedies sought by the respondent Society are discretionary: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 574: "The principle that *certiorari* and *mandamus* are discretionary remedies by nature cannot be disputed", and D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at pp. 372-73.

## 2. Le pouvoir discrétionnaire

Les redressements sollicités par la Société intimée sont discrétionnaires: *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 574: «On ne peut contester le principe que le *certiorari* et le *mandamus* sont par nature des recours discrétionnaires», et D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), aux pp. 372 et 373.

Interference by an appellate court is only warranted when a lower court has "gone wrong in principle" or "has given no weight (or no sufficient weight) to those considerations which ought to have weighed with [it]": *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.), at p. 724.

Une cour d'appel est justifiée d'intervenir seulement lorsque le tribunal d'instance inférieure a «commis une erreur de principe» ou «n'a pas accordé d'importance (ou qu'il n'a pas accordé suffisamment d'importance) aux considérations dont il aurait dû tenir compte.»: *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.), aux pp. 724 et 725.

The Federal Court of Appeal was clearly wrong in dismissing the motions judge's conclusion on the question of delay, which it was "not persuaded" was well-founded in principle. The Court of Appeal says the respondent Society did not become aware of the grant of the approval under the *N.W.P.A.* until some two months before the proceedings were actually launched. In fact, it knew of the approval some 14 months beforehand and the principal promoters of the Society knew even before then.

La Cour d'appel fédérale a clairement commis une erreur en rejetant la conclusion du juge des requêtes relativement à la question du retard, conclusion dont elle «doute» qu'elle soit bien fondée dans son principe. La Cour d'appel affirme que la Société intimée n'a eu connaissance de la décision d'accorder l'approbation en vertu de la *L.P.E.N.* qu'environ deux mois avant que les procédures ne soient entamées. En fait, l'intimée avait été mise au courant de l'approbation quelque 14 mois auparavant et les principaux promoteurs de la Société le savaient même avant.

The common law has always imposed a duty on an applicant to act promptly in seeking extraordinary remedies:

La common law a toujours exigé du requérant qu'il agisse avec diligence lorsqu'il sollicite des recours extraordinaires:

Owing to their discretionary nature, extraordinary and ordinary review remedies must be exercised promptly. Donaldson J. of the Court of Appeal of England aptly explained the principle in *R. v. Aston University Senate*

En raison de leur caractère discrétionnaire, les recours en révision judiciaire, extraordinaires ou ordinaires, doivent être exercés avec diligence. Comme le rappelait dans un langage imagé le juge Donaldson, de la Cour

[[1969] 2 Q.B. 538, at p. 555]: "The prerogative remedies are exceptional in their nature and should not be made available to those who sleep upon their rights".

(R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 468-69.)

That duty was recognized by Laskin C.J. on behalf of this Court in *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739, at p. 749:

In my opinion, discretionary bars are as applicable to the Attorney General on motions to quash as they admittedly are on motions by him for prohibition or in actions for declaratory orders. The present case is an eminently proper one for the exercise of discretion to refuse the relief sought by the Attorney General. Foremost among the factors which persuade me to this view is the unexplained two year delay in moving against the Antidumping Tribunal's decision. [Emphasis added.]

The importance of acting promptly when seeking prerogative relief has also been recognized in much of the legislation now governing judicial review. For example, Ontario's *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, empowers a court to extend the prescribed time for initiating an application for judicial review, but only where it is satisfied that there are *prima facie* grounds for relief and no substantial prejudice or hardship will result to those who would be affected by the delay (s. 5). Under British Columbia's *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, an application for judicial review may be barred by the affluxion of time if a court considers that substantial prejudice or hardship will result by reason of the delay (s. 11). The *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(2) stipulates that an application for judicial review before the Federal Court of Appeal must be made within ten days from the time the impugned decision or order is first communicated. That time limit can only be extended with leave of the court. In Alberta, Rule 753.11(1) of the *Alberta Rules of Court* (Alta. Reg. 390/68) stipulates that where the relief sought is the setting aside of a decision or act, the application for judicial review

d'appel de l'Angleterre, dans *R. v. Aston University Senate* [[1969] 2 Q.B. 538, à la p. 555]: [TRADUCTION] «Les réparations par voie de brevets de prérogative sont de nature exceptionnelle et ils ne devraient pas être mis à la disposition de ceux qui tardent à exercer leurs droits».

(R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1989), t. III, à la p. 660.)

Le juge en chef Laskin de notre Cour a reconnu cette obligation dans l'arrêt *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, aux pp. 749 et 750:

À mon avis, les requêtes en annulation déposées par le procureur général sont sujettes au pouvoir discrétionnaire des tribunaux tout autant que le sont sans conteste ses requêtes pour l'obtention d'un bref de prohibition ou ses demandes de jugement déclaratoire. La présente cause est éminemment propice à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser le redressement demandé par le procureur général. Au premier rang des facteurs qui m'inclinent en ce sens il y a le retard inexplicable de deux ans qui a précédé la contestation de la décision du Tribunal antidumping. [Je souligne.]

L'importance d'agir avec diligence dans les demandes de bref de prérogative a également été reconnue dans la plupart des textes législatifs qui régissent maintenant la révision judiciaire. Par exemple, la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. J.1, permet à un tribunal de proroger le délai fixé pour présenter une requête en révision judiciaire, mais seulement s'il est convaincu qu'il existe à première vue un motif pour accorder le redressement et qu'aucune personne touchée par la prorogation ne subira de préjudice grave (art. 5). En vertu de la *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 209, une demande de révision judiciaire peut être prescrite par l'écoulement du temps dans le cas où un tribunal estime que le retard causerait un préjudice important (art. 11). Le paragraphe 28(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dispose que toute demande de révision judiciaire devant la Cour d'appel fédérale doit être présentée dans les dix jours qui suivent la première communication de la décision ou de l'ordonnance attaquée. Ce délai ne peut être prorogé qu'avec l'autorisation de la cour. En Alberta, le par. 753.11(1) des *Alberta Rules of*

must be filed and served within six months after that decision or act. Finally, in art. 835.1 of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which applies to all extraordinary remedies, it is stipulated that motions must be served "within a reasonable time". The Court of Appeal of Quebec held in *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) v. Turcotte*, [1984] C.A. 316, at p. 318, that: [TRANSLATION] "This article [835.1] merely codified the common law rule that the remedy must be exercised within a reasonable time".

*Court* (Alta. Reg. 390/68) dispose que si le redressement sollicité est l'annulation d'une décision ou d'un acte, la demande de révision judiciaire doit être déposée et signifiée dans les six mois qui suivent la décision ou l'acte en question. Enfin, l'art. 835.1 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, qui s'applique à tous les recours extraordinaires, dispose que la requête doit être signifiée «dans un délai raisonnable». La Cour d'appel du Québec a statué dans l'arrêt *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, [1984] C.A. 316, à la p. 318: «Cet article [835.1] n'a fait que codifier la règle de la *common law* que ce recours doit être exercé dans un délai raisonnable.»

By the time this application was brought, the dam was 40 percent complete. A significant amount of public money had already been spent. It is a matter of public record that individual members of the respondent Society were aware of the approval issued under the *N.W.P.A.* prior to February, 1988. Even if such were not the case, the respondent Society still could have launched its action in early 1988. At that time, major construction had not yet taken place. Had the respondent Society initiated proceedings then as compared to April of 1989, the appellant Alberta would have been in a much better position objectively to assess any potential legal risk associated with continuing. Faced with the possibility of invalid federal approval, it may well have chosen at that point not to put out the public funds that it did.

Au moment où le présent recours a été exercé, le barrage était complété à 40 pour 100. Un bon montant de deniers publics avait déjà été dépensé. Il est établi que les membres de la Société intimée étaient au courant de l'approbation accordée sous le régime de la *L.P.E.N.* avant le mois de février 1988. Même s'ils ne l'étaient pas, la Société intimée aurait pu intenter son action au début de 1988. À cette époque, les travaux importants de construction n'avaient pas encore commencé. Si la Société intimée avait alors intenté ses poursuites au lieu de le faire en avril 1989, l'appelante l'Alberta aurait été en bien meilleure position pour évaluer objectivement tout risque juridique lié à la poursuite des travaux. Face à l'éventuelle invalidité de l'approbation du fédéral, elle aurait bien pu décider alors de ne pas investir les deniers publics comme elle l'a fait.

After years of extensive planning, innumerable public hearings, environmental studies and reports, and after the establishment of various councils and committees for the purpose of reviewing proposals that were put forward, the appellant Alberta embarked upon an enormous undertaking to meet the needs of its constituents. It did so at the expense of the public. And it did so after having been advised by the federal government that it could legitimately proceed. The Oldman River dam no doubt necessitates comprehensive administration. Its construction also involves a significant

Après avoir consacré de nombreuses années à une planification intense, tenu d'innombrables audiences publiques, réalisé un grand nombre d'études et de rapports en matière d'environnement et établi divers conseils et comités chargés de l'examen des propositions présentées, l'appelante l'Alberta s'est lancée dans une entreprise d'envergure pour répondre aux besoins de ses électeurs. Elle l'a fait aux frais du public, mais après avoir été avisée par le gouvernement fédéral qu'elle pouvait légitimement le faire. Le barrage de la rivière Oldman nécessite certes une administration glo-

number of contracts with third parties. Given the enormity of the project and the interests at stake, it was unreasonable for the respondent Society to wait 14 months before challenging the decision of the Minister of Transport. In the context of this case, it was imperative that the respondent Society respect the common law duty to act promptly.

Had the respondent Society acted more promptly, the appellant Alberta would have been able to assess its position without regard to the economic and administrative commitment that was a reality by the time these proceedings were launched. It is impossible to conclude that the appellant Alberta was not prejudiced by the delay. Moreover, the motions judge made a finding on prejudice, and found that there was no justification for waiting to launch the attack until the dam was nearly 40 percent completed.

The rationale for requiring applicants for prerogative relief to act promptly is to enable their erstwhile respondents to act upon the authority given to them. The applicant cannot invoke the fact that the respondent did what he or she was legally entitled to do as an answer to its own delay. Such a view would put a premium on delay and deliver the wrong message to those who plan prerogative challenges.

My colleague, La Forest J., would also give some weight to the fact that the appellant Alberta was aware of the opposition of the respondent Society and others because of the other unsuccessful challenges by the Society and others. In my view, those challenges are completely irrelevant to this question. Those attacks were all ill-founded, and the appellant Alberta was not bound to expect that these peripheral and collateral proceedings presaged a fundamental attack on the original permit. The fact that detractors are harassing a travelling train does not put one on guard against the proposition that they are going to attack the authority to depart in the first instance. In my opinion, those activities need not have been taken into consideration by the motions judge. None of the activities undertaken by the Society or its

bale. Sa construction comporte également un nombre important de contrats avec des tiers. Compte tenu de l'envergure du projet et des intérêts en jeu, il n'était pas raisonnable que la Société intimée attende 14 mois avant de contester la décision du ministre des Transports. Dans le présent contexte, la Société intimée devait absolument respecter l'obligation de diligence de la common law.

Si la Société intimée avait agi d'une façon plus diligente, l'appelante l'Alberta aurait pu évaluer sa position sans tenir compte de l'engagement économique et administratif qui était mis en œuvre au moment où les présentes procédures ont été intentées. Il est impossible de conclure que l'appelante l'Alberta n'a pas subi de préjudice en raison du retard. Par ailleurs, le juge des requêtes a évalué le préjudice et a statué que rien ne justifiait d'attendre pour entamer la présente contestation que le barrage soit complété pour près de 40 pour 100.

On exige que les auteurs d'une demande de bref de prerogative agissent avec diligence pour permettre aux intimés de donner suite au pouvoir qui leur est conféré. Le requérant ne peut justifier son retard en soutenant que l'intimé a fait ce qu'il avait légalement le droit de faire. Ce point de vue favoriserait les retards et induirait en erreur les personnes qui ont l'intention de présenter une demande de bref de prerogative.

Mon collègue le juge La Forest accorderait également une certaine importance au fait que l'appelante l'Alberta était au courant de l'opposition de la Société intimée et des autres parties en raison des autres contestations infructueuses intentées par celles-ci. À mon avis, ces contestations ne sont aucunement pertinentes en l'espèce. Elles étaient toutes mal fondées et l'appelante l'Alberta n'avait pas à s'attendre que ces poursuites connexes et incidentes laissent présager une contestation fondamentale du permis initial. Le fait que des détracteurs manifestent du mécontentement au sujet d'un train en marche ne nous met pas en garde contre la possibilité qu'ils en contestent l'autorisation de mise en route. À mon avis, le juge des requêtes n'avait pas à tenir compte de ces activités. Aucune des activités de la Société ou de ses membres

members precluded the respondent Society from undertaking this challenge.

The activities referred to by my colleague were qualitatively different from that which is sought in this action, and irrelevant to the issue at hand. The applications for *certiorari* brought by the respondent Society in October 1987 and early 1988 respectively, were directed at interim licences issued by Alberta's Minister of Environment pursuant to that province's *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, c. W-5. The petitioning of the Alberta Energy Resources Conservation Board focused on the hydro-electric aspects of the dam. The information sworn before a justice of the peace alleged an offence pursuant to the federal *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

This action centres on the constitutionality and applicability of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. It raises new and different issues. The previous efforts of the respondent Society were not necessary preliminaries; they were separate and distinct from the relief sought here. It is my view that in determining whether he should exercise his discretion against the respondent Society, Jerome A.C.J. was obliged to look only at those factors which he considered were directly connected to the application before him. He was clearly in the best position to assess the relevancy of that put forward by the parties. Interference with his exercise of discretion is not warranted unless it can be said with certainty that he was wrong in doing what he did. For the reasons stated above, I am of the opinion that the test has not been met in this case.

### 3. Costs

I see no justification for awarding the respondent Society costs on a solicitor and client basis. The general rule in this Court is that a successful party recovers costs on the usual party and party basis. That was the rule applied by the courts below. My colleague proposes an award of solici-

n'empêchait la Société intimée d'entamer la présente contestation.

Les activités mentionnées par mon collègue étaient qualitativement différentes de celles visées par la présente action et n'ont aucune pertinence en l'espèce. Les demandes de bref de *certiorari* présentées par la Société intimée en octobre 1987 et au début de 1988 visaient des permis provisoires délivrés par le ministre de l'Environnement de l'Alberta, sous le régime de la *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, ch. W-5, de cette province. La demande auprès de l'Energy Resources Conservation Board de l'Alberta portait sur les aspects hydroélectriques du barrage. La dénonciation faite sous serment devant un juge de paix mentionnait une infraction de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité et l'applicabilité du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*. Il soulève des questions nouvelles et différentes. Les efforts déployés auparavant par la Société intimée n'étaient pas des préliminaires nécessaires; il s'agissait là de recours distincts et différents du redressement sollicité en l'espèce. À mon avis, pour déterminer s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire contre la Société intimée, le juge en chef adjoint Jerome devait examiner seulement les facteurs qui, selon lui, se rattachaient directement à la demande dont il était saisi. Il était clairement le mieux placé pour évaluer la pertinence de ce que les parties lui ont présenté. On n'est justifié d'intervenir à l'égard de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que si l'on peut affirmer avec certitude qu'il a eu tort de procéder ainsi. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de conclure que l'on n'a pas satisfait à ce critère en l'espèce.

### 3. Les dépens

À mon avis, il n'est pas justifié d'adjudger les dépens comme entre procureur et client en faveur de la Société intimée. En règle générale devant notre Cour, la partie qui a gain de cause a droit aux dépens sur la base des frais entre parties. C'est la règle que les tribunaux d'instance inférieure ont



tor and client costs extending to the courts below. I see no ground for suggesting they were in error, and I see no ground for our departing from our own general rule. Public interest groups must be prepared to abide by the same principles as apply to other litigants. Were we to produce special rules for such litigants, we would jeopardize an important principle: those undertaking litigation must be prepared to accept some responsibility for the costs. I see nothing here to justify calling upon the taxpayers to meet the solicitor and client costs of this party.

#### 4. Conclusion

I would allow the appeal with costs.

*Appeal dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal environmental guidelines order. STEVENSON J. is dissenting.*

*Solicitors for the appellant Her Majesty the Queen in right of Alberta: Milner & Steer, Edmonton.*

*Solicitor for the appellants the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson, Alain Gingras and Denis Lemieux, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

appliquée. Mon collègue propose une adjudication des dépens comme entre procureur et client dans toutes les cours. Rien n'indique que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur et je ne vois pas pourquoi il faudrait déroger à notre règle générale. Les groupes d'intérêt public doivent être disposés à se plier aux mêmes principes que les autres plaideurs. Si l'on établissait des règles spéciales pour ces groupes, on mettrait en danger l'application d'un important principe: ceux qui intentent des poursuites doivent être disposés à accepter une certaine responsabilité quant aux dépens. En l'espèce, je ne vois rien qui justifie d'imposer aux contribuables qu'ils assument les dépens comme entre procureur et client pour le compte de cette partie.

#### 4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un mandamus ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer aux lignes directrices fédérales en matière d'environnement. Le juge STEVENSON est dissident.*

*Procureurs de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta: Milner & Steer, Edmonton.*

*Procureur des appelants le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson, Alain Gingras et Denis Lemieux, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Paul D. Dicks, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: The Department of Justice, Yellowknife.*

*Solicitors for the intervener National Brotherhood/Assembly of First Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories: McCuaig Desrochers, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Native Council of Canada (Alberta): McCuaig Desrochers, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), and the Friends of the Earth: Gregory J. McDade, Vancouver; Judith B. Hanebury, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Alberta Wilderness Association: Martin W. Mason, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Paul D. Dicks, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Le ministère de la Justice, Yellowknife.*

*Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des Premières Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest: McCuaig Desrochers, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta): McCuaig Desrochers, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), et les Amis de la Terre: Gregory J. McDade, Vancouver; Judith B. Hanebury, Calgary.*

*Procureur de l'intervenante l'Alberta Wilderness Association: Martin W. Mason, Ottawa.*