

A-395-89

A-395-89

**Friends of the Old Man River Society (*Appellant*)  
(*Applicant*)**

v.

**Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans and Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Public Works, Supply and Services (*Respondents*)  
(*Respondents*)**

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

Court of Appeal, Heald, Urie and Stone, J.J.A.—  
Ottawa, January 23, 24 and March 13, 1990.

*Environment — Construction of dam on Oldman River, Alberta — Where areas of federal responsibility environmentally affected by proposal, Environmental Assessment and Review Guidelines Order binding on Ministers to whom approval application or action request made and on Ministers in charge of areas of federal responsibility environmentally affected — Guidelines Order, unlike Alberta environmental impact studies, allowing for full public participation and providing for large measure of independence of review panel.*

*Crown — Prerogatives — Provincial Crown not immune from approval requirements of Navigable Waters Protection Act — Clear from scheme of Act, Parliament intended to bind provincial Crown — Act frustrated if provincial Crown not bound.*

*Judicial review — Prerogative writs — Construction of dam on Oldman River, Alberta — Respondent federal Ministers not complying with Environmental Assessment and Review Guidelines Order — Certiorari and mandamus to issue as Ministers bound by Guidelines Order.*

In March, 1986, the Alberta Department of the Environment approached the federal Minister of Transport for approval, under section 5 of the *Navigable Waters Protection Act*, of the construction of a dam on the Oldman River. The approval was granted without subjecting the project to any environmental screening or initial assessment under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. Nor was it referred to the federal Minister of the Environment for public review under that Order.

In 1987, the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment were asked to intervene to ensure

**Friends of the Old Man River Society (*appelante*)  
(*requérante*)**

a c.

**Ministre des Transports et ministre des Pêches et des Océans et Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Travaux publics, Approvisionnement et Services (*intimés*)  
(*intimés*)**

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

c Cour d'appel, juges Heald, Urie et Stone, J.C.A.—  
Ottawa, 23 et 24 janvier et 13 mars 1990.

*Environnement — Construction d'un barrage sur la rivière Oldman, en Alberta — Lorsqu'une proposition a des répercussions environnementales sur des questions ressortissant à la responsabilité fédérale, le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement lie les ministres auxquels une demande d'approbation est présentée ou auprès desquels est effectuée une démarche sollicitant certaines mesures, de même que les ministres chargés des questions de responsabilité fédérale sur lesquelles la proposition aura des répercussions environnementales — Contrairement aux études sur les incidences environnementales menées par l'Alberta, le Décret sur les lignes directrices permet une participation pleine et entière du public et assure une grande indépendance à la commission d'examen.*

*Couronne — Prerogatives — La couronne provinciale n'est pas soustraite aux exigences d'approbation de la Loi sur la protection des eaux navigables — Il ressort clairement de l'économie de la Loi que le Parlement avait l'intention de lier la couronne provinciale — La Loi n'atteindrait pas son but si ses dispositions ne liaient pas la Couronne provinciale.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Construction d'un barrage sur la rivière Oldman, en Alberta — Les ministres fédéraux intimés ne se sont pas conformés au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement — Les ministres se trouvant liés par le Décret sur les lignes directrices, un bref de certiorari et un bref de mandamus seront délivrés.*

h En mars 1986, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a entrepris des démarches auprès du ministre fédéral des Transports pour obtenir son approbation sous le régime de l'article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables* à l'égard de la construction d'un barrage sur la rivière Oldman. Cette approbation a été accordée sans que les incidences environnementales du projet n'aient été soumises à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale prévus au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*. Cette question n'a pas non plus été soumise au ministre de l'Environnement du Canada pour qu'un examen public soit mené sous le régime de cette ordonnance.

j En 1987, il a été demandé au ministre des Pêches et des Océans et au ministre de l'Environnement d'intervenir pour

that the project would be reviewed under the Guidelines Order. They both declined, saying that Alberta would take care of any problem associated with the dam.

This was an appeal from the Trial Division decision dismissing an application for *certiorari* to quash the approval and *mandamus* requiring both Ministers to comply with the Guidelines Order. The appellant argued that the Trial Judge erred in holding (1) that the Guidelines Order did not apply to an application to the Minister of Transport for an approval pursuant to subsection 5(1) of the *Navigable Waters Protection Act*, (2) that the Guidelines Order did not apply to the decision making authority of the Minister of Fisheries and Oceans in the circumstances of this case and (3) that it was not an appropriate case to grant *certiorari* or *mandamus*. A fourth issue was whether the provincial Crown was subject to the proceedings in this Court and whether it was immune from the approval requirements of the federal legislation.

*Held*, the appeal should be allowed.

As was held by this Court in *Canadian Wildlife Federation*, the Guidelines Order was a law of general application. The guidelines were to be used by departments in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions in furtherance of those duties and functions of the federal Minister of the Environment himself which were related to environmental quality. The Guidelines Order was intended to bind federal ministers whenever their duties and functions involved matters raising environmental questions in areas of federal responsibility.

Paragraph 6(b) of the Guidelines Order provided that it applied to any proposal that could have an environmental effect on an area of federal responsibility. The evidence herein clearly established that the construction and operation of the Oldman River dam and reservoir could have an environmental effect on at least three areas of federal responsibility, namely, fisheries, Indians and Indian lands.

The Trial Judge erred in deciding that the Minister of Transport was restricted to considering factors affecting marine navigation only and that he was without authority to require environmental review. The Guidelines applied to any proposal where the initiating department was responsible as the decision making authority. The proposal herein resulted in the Department of Transport becoming the initiating department responsible as the decision making authority. The environmental effect of granting the application on any area of federal responsibility needed to be examined in accordance with the provisions of the Guidelines Order.

The Minister of Fisheries and Oceans was also bound by the Guidelines Order. According to the definition of "proposal" in the Guidelines Order, nothing in the nature of an application was required. All that was needed was for the Minister to

assurer que le projet ferait l'objet de l'examen prévu au Décret sur les lignes directrices. Tous deux ont refusé, en disant que l'Alberta prendrait charge de tout problème relié au barrage.

L'appel en l'espèce est interjeté de la décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande sollicitant un bref de *certiorari* qui aurait annulé l'approbation ainsi qu'un bref de *mandamus* qui aurait obligé les deux ministres à se conformer au Décret sur les lignes directrices. L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant (1) que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas à une demande sollicitant l'approbation du ministre des Transports conformément au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, (2) que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au pouvoir décisionnel du ministre des Pêches et des Océans dans les circonstances de la présente espèce et (3) que la présente espèce n'est pas de celles dans lesquelles un bref de *certiorari* ou de *mandamus* doit être accordé. Une quatrième question se pose, qui est celle de savoir si la Couronne provinciale est assujettie aux procédures de la présente Cour et si elle est soustraite aux exigences d'approbation édictées dans les dispositions législatives fédérales.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, le Décret sur les lignes directrices est une loi d'application générale. Les directives doivent être utilisées par les ministères dans l'exercice de leurs pouvoirs et de leurs fonctions pour aider à l'exercice des fonctions et des pouvoirs du ministre fédéral de l'Environnement qui portent sur la qualité de l'Environnement. Le Décret sur les lignes directrices est destiné à lier les ministres fédéraux lorsque leurs devoirs et leurs fonctions s'exercent à l'égard de problèmes environnementaux touchant des questions de compétence fédérale.

L'alinéa 6b) du Décret sur les lignes directrices déclare que celles-ci s'appliquent aux propositions pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale. La preuve présentée en l'espèce a établi clairement que la construction et l'exploitation du barrage et du réservoir de la rivière Oldman pourraient avoir des répercussions environnementales sur au moins trois questions de compétence fédérale, savoir les pêcheries, les Indiens et les terres réservées aux Indiens.

Le juge de première instance a commis une erreur en décidant que le ministre des Transports pouvait seulement prendre en considération les facteurs touchant la navigation et n'était pas habilité à exiger un examen des incidences environnementales. Les dispositions du Décret sur les lignes directrices s'appliquent à toute proposition à l'égard de laquelle le ministre, exerçant le pouvoir de décision, est le ministère responsable. À la suite de la proposition en l'espèce, le ministre des Transports est devenu le ministère responsable en qualité de ministre qui exerce le pouvoir de décision. Les incidences environnementales qu'une décision accordant la demande pouvait entraîner pour toute question de compétence fédérale devaient être examinées conformément aux dispositions du Décret sur les lignes directrices.

Le ministre des Pêches et des Océans est également lié par le Décret sur les lignes directrices. La définition du terme «proposition» figurant dans le Décret sur les lignes directrices n'exige aucunement qu'il y ait une sorte de demande. Il est seulement

become aware of an "initiative, undertaking of activity". This certainly could be accomplished by a request on the part of an individual for specific action falling within the Minister's responsibilities. In such circumstances, if any "initiative, undertaking or activity" existed for which the Government of Canada had a "decision making responsibility", a "proposal" also existed. In this case, there was an initiative and there were potential problems with respect to the fisheries resources. The request that the Minister fulfill his responsibilities and that he intervene to protect the fisheries resources rendered him the "decision making authority" for determining what action would be taken in relation thereto. The Minister's jurisdiction was also engaged by reason of the approval application made to the Minister of Transport: the Guidelines Order required the participation of every department in charge of an area of federal responsibility that was environmentally affected by a proposal.

Although an appeal court will hesitate to interfere with the exercise of a discretion by a trial judge, in this case, the Motions Judge erred in finding that compliance with the Guidelines Order would bring about a needless repetition of a process which had been exhaustively canvassed over the past twenty years. The Guidelines Order was drafted to ensure a much more extensive public participation than that contemplated under the provincial regime. And the independence of the review panel was guaranteed to a much greater extent under the Guidelines Order than at the provincial level.

This Court had, in this case, jurisdiction over Her Majesty the Queen in right of Alberta. It was settled in *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.* that any person who might be adversely affected by an order such as the one here sought may be joined as a party to the proceeding so that it can pursue whatever remedy may be open to it by way of appeal therefrom.

Nor was the provincial Crown immune from the approval requirements of the *Navigable Waters Protection Act*. It was clear from the scheme of the Act that Parliament intended to bind the provincial Crown. Furthermore, the statute would be wholly frustrated if governments were not bound.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Department of the Environment Act*, R.S.A. 1980, c. D-19.

*Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2, 3, 4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 19, 21, 22, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 36.

*Environmental Council Act*, R.S.A. 1970, c. 125; R.S.A. 1980, c. E-13.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.

*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37.

exigé que le ministre prenne connaissance de l'existence d'une «entreprise ou activité». Cette prise de connaissance pourrait certainement avoir lieu à la suite d'une démarche d'un particulier sollicitant des mesures spécifiques ressortissant aux responsabilités du ministre. Dans de telles circonstances, s'il existe une «entreprise ou activité» à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada exerce «le pouvoir de décision», il existe également une «proposition». En l'espèce, il existe une entreprise et il existe des problèmes risquant d'affecter les ressources halieutiques. Par la demande qui lui a été faite de s'acquitter de sa responsabilité en intervenant pour protéger les ressources halieutiques, le ministre est devenu celui qui «exerce le pouvoir de décision» en ce qui concerne les mesures à prendre à cet égard. La compétence du ministre des Pêches et des Océans a également été déclenchée par la demande d'approbation présentée au ministre des Transports: le Décret sur les lignes directrices commande la participation de tout ministère chargé d'une question de compétence fédérale à l'égard de laquelle une proposition aura des incidences environnementales.

En règle générale, une Cour d'appel est réticente à modifier une décision rendue par un juge de première instance dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire; en l'espèce, cependant, le juge de première instance s'est trompé en concluant que le fait de se conformer au Décret sur les lignes directrices entraînerait une répétition inutile d'une procédure qui a fait l'objet d'un examen minutieux et complet au cours des vingt dernières années. Libellées comme elles le sont, les dispositions du Décret sur les lignes directrices accordent au public une participation beaucoup plus étendue que celle prévue sous le régime provincial. De plus, l'indépendance garantie aux commissions d'examen par le Décret sur les lignes directrices est beaucoup plus importante que celle qui est assurée au niveau provincial.

En l'espèce, la Cour est compétente à l'égard de Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta. L'arrêt *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.* a établi le principe suivant lequel toute personne à qui une ordonnance comme celle demandée en l'espèce risque d'être défavorable peut être jointe comme partie à l'instance de manière à lui permettre d'obtenir toute réparation pouvant s'offrir à elle par voie d'appel de cette ordonnance.

La Couronne provinciale n'est pas non plus soustraite aux exigences d'approbation édictées par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Il ressort clairement de l'économie de la Loi que le Parlement avait l'intention de lier la Couronne provinciale. De plus, la Loi manquerait entièrement d'atteindre son but si ses dispositions ne liaient pas les différents gouvernements.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2, 3, 4, 6, 10, 12, 13, 15, 18, 19, 21, 22, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 36.

*Department of the Environment Act*, R.S.A. 1980, chap. D-19.

*Environmental Council Act*, R.S.A. 1970, chap. 125; R.S.A. 1980, chap. E-13.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18.

*International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20.

*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 4, 5, 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REVERSED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 1 F.C. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; 30 F.T.R. 108 (T.D.).

##### APPLIED:

*Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Reg. v. All Saints, Wigan (Churchwardens of)* (1875-76), 1 App. Cas. 611 (H.L.); *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Alberta Government Telephone v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; [1989] 5 W.W.R. 388; (1989), 98 N.R. 161.

##### REFERRED TO:

*Rodd v. County of Essex* (1910), 44 S.C.R. 137; *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, T-2102-89, Muldoon J., order dated 28/12/89, not yet reported.

##### COUNSEL:

*Brian A. Crane and Martin W. Mason* for appellant (applicant).

*Brian J. Saunders* for Department of Transport.

*Dennis R. Thomas and Andrea B. Moen* for Province of Alberta.

##### SOLICITORS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for appellant (applicant).

*Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), chap. N-22, art. 4, 5, 6.

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

*Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. I-20.

*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 35, 37.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 1 C.F. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; 30 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Fédération canadienne de la faune, Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Reg. v. All Saints, Wigan (Churchwardens of)* (1875-76), 1 App. Cas. 611 (H.L.); *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382; (1971), 12 C.P.R. (2d) 67 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 1 C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Alberta Government Telephone c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; [1989] 5 W.W.R. 388; (1989), 98 N.R. 161.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Rodd v. County of Essex* (1910), 44 R.C.S. 137; *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.); *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, T-2102-89, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-12-89, encore inédite.

##### AVOCATS:

*Brian A. Crane et Martin W. Mason* pour l'appelante (requérante).

*Brian J. Saunders* pour le ministère des Transports.

*Dennis R. Thomas et Andrea B. Moen* pour la province d'Alberta.

##### PROCUREURS:

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'appelante (requérante).

*Deputy Attorney General of Canada*, for  
Department of Transport.

*Milner & Steer*, Edmonton, for Province of  
Alberta.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
ministère des Transports.

*Milner & Steer*, Edmonton, pour la province  
d'Alberta.

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

STONE J.A.: This appeal is brought from an order of the Associate Chief Justice made on August 11, 1989 [[1990] 1 F.C. 248] dismissing an application under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The appellant sought *certiorari* to quash an approval granted by the Minister of Transport on September 18, 1987 to the Department of the Environment of the Province of Alberta in respect of the construction of a dam on the Oldman River<sup>1</sup> in that province pursuant to the provisions of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, as well as *mandamus* requiring both the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, (the "Guidelines Order") made pursuant to section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 14 (now R.S.C., 1985, c. E-10).

#### NATURE OF DISPUTE

At the heart of this dispute is the assertion that the approval was not lawfully granted because the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans failed to comply with the Guidelines Order. The dispute is similar to the one which arose in *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.), where the issuing of a licence by the Minister of the Environment (Canada) under another federal statute<sup>2</sup> and regulations made thereunder was challenged. This Court (*per* Hugessen J.A., at

<sup>1</sup> As it is clear from the record that this name, rather than the one appearing in the style of cause, is the correct name of the River, I shall so refer to it throughout these reasons for judgment.

<sup>2</sup> *International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Le présent appel conteste une ordonnance prononcée par le juge en chef adjoint le 11 août 1989 [[1990] 1 C.F. 248] qui a rejeté une demande présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7. L'appelante sollicitait un bref de *certiorari* qui aurait annulé une approbation accordée par le ministre des Transports le 18 septembre 1987 au ministère de l'Environnement de la province d'Alberta relativement à la construction d'un barrage sur la rivière Oldman<sup>1</sup> de cette province sous le régime des dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), chap. N-22, ainsi qu'un bref de *mandamus* qui aurait enjoint à la fois au ministre des Transports et au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 (le «Décret sur les lignes directrices») édicté en vertu de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 14 (à présent, L.R.C. (1985), chap. E-10).

#### LE LITIGE

Au cœur du présent litige se situe l'assertion selon laquelle l'approbation en cause n'a pas été légalement accordée parce que le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans ont manqué de se conformer au Décret sur les lignes directrices. Ce litige est semblable à celui de l'affaire *Fédération canadienne de la faune, Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.), dans laquelle la délivrance d'un permis par le ministre de l'Environnement (du Canada) sous le régime d'une autre loi fédérale<sup>2</sup> et

<sup>1</sup> Le dossier établissant clairement que ce nom, plutôt que celui figurant dans l'intitulé de la cause, est le nom exact de la rivière, je désignerai ce cours d'eau sous le nom «Oldman» tout au long des présents motifs de jugement.

<sup>2</sup> *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. I-20.

page 70) made it clear in that case that the Minister was obliged to follow the Guidelines Order "just as he is obliged to follow any other law of general application."

#### THE ISSUES

The three principal issues as submitted by the appellant are:

(1) Whether the Learned Trial Judge erred in holding that the EARP Guidelines Order does not apply to an application to the Minister of Transport for an approval pursuant to section 5(1) of the *Navigable Waters Protection Act*;

(2) Whether the Learned Trial Judge erred in holding that the EARP Guidelines Order does not apply to the decision making authority of the Minister of Fisheries and Oceans in the circumstances of this case pursuant to sections 35 and 37 of the *Fisheries Act*;

(3) Whether the Learned Trial Judge erred in holding that this was not an appropriate case to grant certiorari or mandamus.

A fourth issue is whether the provincial Crown is subject to the proceedings in this Court and whether it is immune from the approval requirements of the federal legislation.

#### BACKGROUND FACTS

An understanding of the true import of the issues is possible only when viewed in their factual setting. Alberta is in the course of constructing a dam at the Three Rivers site on the Oldman River at a budgeted cost of some 353 million dollars. By March 31, 1989, the dam was already 40% complete. The object of the work is to provide a secure supply of water within the South Saskatchewan River Basin in Southern Alberta. The Oldman River has its source in the Rocky Mountains to the west of the dam site. Its flows fluctuate, being heaviest during spring run-off. The dam would make it possible to impound river waters within a reservoir for later use by farmers, ranchers, municipalities and industries, among others.

The idea of a storage reservoir on the Oldman River was first conceived in 1958 when Alberta

de ses règlements d'application était contestée. Notre Cour (par l'intermédiaire du juge Hugessen, J.C.A., à la page 70) a clairement établi dans cette affaire que le ministre était tenu de suivre le Décret sur les lignes directrices «tout comme il doit respecter toute autre loi d'application générale».

#### LES QUESTIONS SOULEVÉES

Les trois principales questions soumises par l'appelante sont les suivantes:

[TRADUCTION] (1) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas à une demande sollicitant l'approbation du ministre des Transports conformément au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*?

(2) Le juge de première instance s'est-il trompé en concluant que le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au pouvoir décisionnel du ministre des Pêches et des Océans dans les circonstances de la présente espèce sous le régime des articles 35 et 37 de la *Loi sur les pêches*?

(3) Le juge de première instance s'est-il trompé en concluant que la présente espèce n'est pas de celles dans lesquelles un bref de certiorari ou de mandamus devrait être accordé?

Une quatrième question se pose, qui est celle de savoir si la Couronne provinciale est assujettie aux procédures de notre Cour et si elle est soustraite aux exigences d'approbation édictées dans les dispositions législatives fédérales.

#### LE CONTEXTE FACTUEL

Il n'est possible de saisir la véritable portée des questions soulevées qu'en les examinant dans leur contexte factuel. L'Alberta est en train de construire un barrage sur l'emplacement de Three Rivers de la rivière Oldman à un coût budgété de 353 millions de dollars. Le 31 mars 1989, le barrage était déjà complété à 40%. Cet ouvrage a pour objet de rendre sûr l'approvisionnement en eau du Bassin de la rivière Saskatchewan-sud dans le sud de l'Alberta. La rivière Oldman tire sa source des montagnes Rocheuses, situées à l'ouest de l'emplacement du barrage. Le débit de ce cours d'eau fluctue, pour atteindre son niveau le plus élevé lors de l'écoulement printanier. Le barrage permettrait de retenir les eaux de la rivière dans un réservoir afin qu'elles puissent plus tard être utilisées par, entre autres, des fermiers, des exploitants de ranchs, des municipalités et des industries.

L'idée d'un réservoir pour le stockage de l'eau de la rivière Oldman est née en 1958 lorsque

asked the federal government to determine the feasibility of constructing such a work at Livingstone Gap. In December, 1966 a "Progress Report Preliminary Engineering Investigations Oldman River Project, Proposed Three River Dam and Reservoir", submitted by the Prairie Farm Rehabilitation Administration of the federal Department of Agriculture, raised doubts about a site at Livingstone Gap but suggested the Three Rivers site for further investigation. Between 1966 and 1974 Alberta and Canada were involved in a federal/provincial water supply study which included the Three Rivers site.

In 1974, Alberta initiated studies into water demands and potential storage sites on the Oldman River and its tributaries, to be carried out in two phases. The first phase, an evaluation of water storage sites on the River, was conducted by the Technical Advisory Committee appointed by the Minister of the Environment (Alberta). It was composed of representatives of various departments of the provincial government including the Department of the Environment, as well as other bodies. This Committee produced a report<sup>3</sup> which was released to the public in July 1976 for review and comment. The Minister of the Environment (Alberta) met and discussed these studies with interested persons and received responses from other departments of government, local authorities

<sup>3</sup> Exhibit "E" to the Affidavit of Lorand K. Szojka of June 13, 1989, Appeal Book, Vol. 1, at p. 134 (the "Szojka Affidavit"). The report, which is in five volumes, is titled "Oldman River Flow Regulation: Preliminary Planning Studies" and deals with water demand and supply, environmental considerations, and economic and environmental evaluation. Volume IV of the report concerns environmental considerations and includes a report on fish by D.S. Radford which was later relied upon in the federal reports by Environment Canada and the Department of Fisheries.

l'Alberta a demandé au gouvernement fédéral d'évaluer la possibilité de la construction d'un tel ouvrage à Livingstone Gap. En décembre 1966, le rapport «*Progress Report Preliminary Engineering Investigations Oldman River Project, Proposed Three River Dam and Reservoir*» [TRANSCRIPTION] «Rapport d'étage—Enquête préliminaire d'ingénierie—projet rivière Oldman, Barrage et réservoir projetés sur l'emplacement de Three Rivers», de l'Administration du rétablissement agricole des Prairies du ministère fédéral de l'Agriculture, énonçait des doutes sur l'emplacement de Livingstone Gap tout en suggérant que des études plus poussées soient menées relativement à l'emplacement de Three Rivers. Entre 1966 et 1974, l'Alberta et le Canada ont participé à une étude fédérale-provinciale sur l'approvisionnement en eau au terme de laquelle ont été considérés plusieurs emplacements, dont celui de Three Rivers.

En 1974, l'Alberta a entrepris des études visant à examiner les besoins en eau et à déterminer quels emplacements de la rivière Oldman et de ses affluents seraient susceptibles de servir au stockage de l'eau. Ces études devaient se dérouler en deux phases. La première, une évaluation des emplacements au stockage de l'eau de la rivière, a été menée par le «Technical Advisory Committee» [le comité consultatif technique] mis sur pied par le ministre de l'Environnement de l'Alberta. Ce comité était formé de représentants de divers ministères du gouvernement provincial, dont celui de l'Environnement, ainsi que de représentants d'autres organismes. Le rapport soumis par ce comité<sup>3</sup> a été rendu public en juillet 1976 afin que la population l'examine et le commente. Le ministre de l'Environnement de l'Alberta a rencontré des personnes intéressées par ces études, et il en a discuté avec elles; de plus, d'autres ministères du

<sup>3</sup> La pièce «E» annexée à l'affidavit de Lorand K. Szojka en date du 13 juin 1989, Dossier d'appel, vol. 1, à la p. 134 (l'[TRANSCRIPTION] «affidavit de M. Szojka»). Ce rapport, qui comporte cinq volumes, est intitulé «Oldman River Flow Regulation: Preliminary Planning Studies» [TRANSCRIPTION] «Gestion du débit de la rivière Oldman: Études préliminaires de planification»; il traite des besoins et des ressources en eau, des considérations environnementales et de l'évaluation économique et environnementale du projet. Le Volume IV parle des considérations environnementales en jeu; une étude sur le poisson rédigée par D.S. Radford s'y trouve comprise; il y a été fait référence dans les rapports fédéraux par Environnement Canada et le ministère des Pêches.

and associations. Several of the issues studied at the second stage derived from these responses.

In early 1977, the Minister of the Environment (Alberta) announced the formation of the Oldman River Study Management Committee, consisting of six representatives of the public and three representatives of the provincial government. This Committee was mandated to conduct the second phase study and was required to "make recommendations relative to overall water management in the Basin including the incorporation of the concerns of area residents"<sup>4</sup> after studying, *inter alia*, such matters as "salinization, sedimentation, recreation, fish habitat, and other environmental issues relating to a number of sites and alternatives to dam construction".<sup>5</sup> Some efforts were made to encourage public participation in the process through use of flyers and newsletters sent to households, press releases, press conferences, and open house public information exchange sessions. In the course of these studies several meetings were held with municipal district, improvement district, county, city, town and village councils in the area and workshops were conducted by the Management Committee. Views, oral or written, were expressed by various governmental and non-governmental organizations, including fish and game associations and Indian bands, among others. In 1978, the Management Committee issued its "Oldman River—Final Report, 1978".<sup>6</sup>

The matter then passed for further study by a panel of the Environmental Council of Alberta, a

<sup>4</sup> The Szojka Affidavit, at p. 135.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Szojka Affidavit, Exhibit "S", at p. 137. "Oldman River Basin—Phase II studies: Report and Recommendations;

(Continued on next page)

gouvernement, de même que des autorités et des associations locales, lui ont fait part de leurs réactions. Plusieurs des questions étudiées au cours de la seconde phase tiraient leur origine des réponses a ainsi obtenues.

Au début de l'année 1977, le ministre de l'Environnement de l'Alberta a annoncé 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 avait pour mandat de mener les études de la seconde phase, et de [TRANSLATION] «présenter des recommandations sur la gestion générale des eaux du bassin, qui tiendront notamment compte des préoccupations des résidents de la région»<sup>4</sup>; au préalable, il devait avoir examiné en outre des points tels [TRANSLATION] «la salinisation, la sédimentation, les loisirs, l'habitat du poisson ainsi que d'autres questions environnementales touchant différents emplacements et différentes mesures susceptibles de remplacer la construction d'un barrage»<sup>5</sup>. Certaines démarches e ont été entreprises pour encourager le public à participer au processus: des distributions d'encarts et de bulletins d'information dans différents foyers, des communiqués de presse, des conférences de presse et des séances «portes ouvertes» d'échange f public d'information ont eu lieu. Dans le cadre de ces études, plusieurs rencontres ont été tenues avec des conseils de districts municipaux, de zones d'aménagement, de villes, de municipalités et de villages de la région, et des ateliers ont été dirigés g par le comité de gestion. Des opinions ont été exprimées oralement ou par écrit par diverses organisations gouvernementales et non gouvernementales, parmi lesquelles figuraient des associations de chasse et de pêche et des bandes d'Indiens. h En 1978, le comité de gestion a soumis son rapport, qui avait pour titre «Oldman River—Final Report, 1978» [[TRANSLATION] «Rivière Oldman—Rapport final, 1978»]<sup>6</sup>.

i

L'affaire a alors été confiée à une commission du «Environmental Council of Alberta», un orga-

<sup>4</sup> L'affidavit de M. Szojka, à la p. 135.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> L'affidavit de M. Szojka, la pièce «S», à la p. 137; le rapport «Oldman River Basin—Phase II studies: Report and Recommendations» (Suite à la page suivante)

body established by statute.<sup>7</sup> In July, 1978 the Lieutenant-Governor in Council ordered this body to receive briefs and submissions on matters relating to the dam. A number of public hearings were held in Southern Alberta during November, 1978, and numerous presentations and supplementary briefs were received from different sources including environmental and other special interest groups. In August, 1979 the Council submitted a report<sup>8</sup> to the Minister of the Environment (Alberta). The briefs received and the report itself include some discussion of fish habitat. This report together with the "Oldman River—Final Report, 1978" were later reviewed by provincial officials and by a provincial government caucus committee. On August 29, 1980, Alberta announced its decision to construct a dam, and indicated at that same time that the Three Rivers site was the "preferred location" but that a final decision as to site selection would be deferred to allow the Peigan Indian Band the opportunity to submit a proposal for an alternative site on its Reserve downstream near Brocket. The Band submitted a written position<sup>9</sup> to the Minister of the Environment (Alberta) in November, 1983. In August, 1984 Alberta announced its decision to proceed with

nisme constitué par une Loi<sup>7</sup>. En juillet 1978, le lieutenant-gouverneur en conseil a ordonné à cet organisme de recevoir les exposés et les observations portant sur les questions relatives au barrage. Plusieurs audiences publiques ont été tenues dans le sud de l'Alberta au cours du mois de novembre 1978, et de nombreux exposés supplémentaires et présentations ont été reçus de différentes sources, parmi lesquelles figuraient des groupes voués à la protection de l'environnement ou d'autres groupes à revendications particulières. En août 1979, le «Environmental Council of Alberta» a soumis un rapport<sup>8</sup> au ministre de l'Environnement de l'Alberta. Les exposés reçus, et le rapport lui-même, discutent en outre de l'habitat du poisson. Ce rapport ainsi que le «Oldman River—Final Report, 1978» [[TRADUCTION] «Rivière Oldman—Rapport final, 1978»] ont ensuite été examinés par des fonctionnaires provinciaux et par un comité secret du gouvernement provincial. Le 29 août 1980, l'Alberta a annoncé sa décision de construire le barrage, en indiquant que l'emplacement de Three Rivers était l'[[TRADUCTION] «emplacement privilégié» mais que la décision définitive quant à ce choix serait reportée pour permettre à la Bande indienne de Peigan de présenter une proposition concernant un autre emplacement possible situé en aval sur sa réserve près de Brocket. La Bande a présenté sa position par écrit<sup>9</sup> au ministre de l'Environnement de l'Alberta en novembre 1983. En août 1984, l'Alberta a annoncé qu'elle avait décidé de procéder à la construction du barrage à l'empla-

(Continued from previous page)

August, 1978". This report discusses water supply and distribution systems, water management, and contains a technical studies section which includes a subsection discussing the "Environmental Overview".

<sup>7</sup> *Environmental Council Act*, R.S.A. 1970, c. 125 (now R.S.A. 1980, c. E-13).

<sup>8</sup> Szojka Affidavit, Exhibit "X", at p. 138. "Public Hearings on Management of Water Resources within the Oldman River Basin: Report and Recommendations". This report discusses water management, irrigation, municipal and industrial uses, markets, rehabilitation (agricultural), water storage, cost/benefit analysis, compensation and expropriation, and Indian reserves.

<sup>9</sup> Szojka Affidavit, Exhibits "BB" and "CC".

(Suite de la page précédente)

mentations; August, 1978» [[TRADUCTION] «Bassin de la rivière Oldman—Études de la Phase II: Rapport et recommandations; août, 1978»]. Ce rapport discute du système d'approvisionnement en eau, du système de distribution d'eau et de la gestion des eaux, et il comporte une section d'études techniques qui, elle-même, comprend une sous-section intitulée «Environmental Overview» ([TRADUCTION] «Aperçu général des incidences environnementales»).

<sup>7</sup> *Environmental Council Act*, R.S.A. 1970, chap. 125 (à présent R.S.A. 1980, chap. E-13).

<sup>8</sup> L'affidavit de M. Szojka, la pièce «X», à la p. 138; «Public Hearings on Management of Water Resources within the Oldman River Basin: Report and Recommendations» [[TRADUCTION] «Audiences publiques sur la gestion des ressources en eau du bassin de la rivière Oldman: Rapport et recommandations»]. Ce rapport discute de la gestion des eaux, de l'irrigation, des utilisations municipales et industrielles des eaux, des marchés, de la réhabilitation (agricole), du stockage des eaux, d'une analyse coûts/bénéfices, d'indemnisation et d'expropriation, ainsi que des réserves indiennes.

<sup>9</sup> L'affidavit de M. Szojka, les pièces «BB» et «CC».

construction of the dam at the Three Rivers site. The Guidelines Order was already in force.

Attention then turned to the design, construction and operation of the dam. The design was completed in 1985 and a start was made in 1986 on the construction of a diversion tunnel associated with the work. At the same time mitigation measures were initiated and are on-going. In October, 1984 notices were published in local newspapers inviting the public to attend "open houses" for the sharing of information and the reception of concerns on such subjects as archaeology, fish habitat, recreation, wildlife and irrigation, and a number of these meetings were held. A project information office was opened by the Department of the Environment (Alberta) close to the Three Rivers site for the purpose of responding to public enquiries. In addition to this, aspects of the project were pursued through a number of subcommittees established by an area municipal district and assisted by the Department of the Environment (Alberta).

In January, 1985, a Local Advisory Committee was appointed by order of the Minister of the Environment (Alberta) to act in an advisory capacity to the Minister on matters related to the project, including farming, relocation of roads, location of reservoir crossings, local fish and wildlife concerns and recreational opportunities. The Committee, composed of area residents and representatives of a nearby village and town, held a number of public meetings. In June, 1988 the Local Advisory Committee submitted a report<sup>10</sup> to the Minister of the Environment (Alberta) containing recommendations in respect of fisheries, wildlife, historical resources, agriculture, recreation and transportation. Finally, concerns over the impact of the dam on the lands of the Peigan

<sup>10</sup> Szojka Affidavit, Exhibit "HH", at p. 142. "Oldman River Report—Local Advisory Committee Report and Recommendations to the Minister of the Environment, June 30, 1988". The studies and reports presented to the Committee include some 42 volumes on fisheries mitigation and related topics.

cement de Three Rivers. Le Décret sur les lignes directrices était déjà en vigueur.

Les efforts ont ensuite porté sur le plan, la construction et l'exploitation du barrage. Le plan a été complété en 1985, et la construction d'un tunnel de diversion relié à l'ouvrage a été commencée en 1986. Au même moment, des mesures d'atténuation des incidences environnementales du projet ont été prises—celles-ci se poursuivent toujours. En octobre 1984, des avis ont été publiés dans les journaux locaux pour inviter le public à participer à des rencontres [TRADUCTION] «portes ouvertes» destinées à des échanges d'information et à l'expression par la population de ses préoccupations touchant l'archéologie, l'habitat du poisson, les loisirs, la faune et l'irrigation. Plusieurs de ces rencontres ont été tenues. Un bureau d'information a été ouvert par le ministère de l'Environnement de l'Alberta près de l'emplacement de Three Rivers afin de répondre aux questions du public. De plus, l'examen de certains aspects du projet a été poursuivi par divers sous-comités établis par un district municipal de la région et assistés par le ministère de l'Environnement de l'Alberta.

En janvier 1985, un «Local Advisory Committee» [comité consultatif local] a été nommé par ordre du ministère de l'Environnement de l'Alberta pour conseiller le ministre sur des questions relatives au projet, notamment l'agriculture, le remplacement de routes, les emplacements des passages du réservoir, les préoccupations locales touchant le poisson et la faune ainsi que les possibilités offertes en matière de loisirs. Ce comité, qui était formé de résidents de la région et de représentants d'une municipalité et d'un village voisins, a tenu un certain nombre de réunions publiques. En juin 1988, le comité consultatif local a soumis au ministre de l'Environnement de l'Alberta un rapport<sup>10</sup> présentant des recommandations au sujet des pêches, de la faune, des ressources historiques,

<sup>10</sup> L'affidavit de M. Szojka, la pièce «HH», à la p. 142; le rapport «Oldman River Report—Local Advisory Committee Report and Recommendations to the Minister of the Environment, June 30, 1988» [[TRADUCTION] «Rapport sur la rivière Oldman—Rapport et recommandations du comité consultatif local au ministre de l'Environnement, 30 juin 1988»]. Les études et les rapports présentés au Comité comprennent quelque 42 volumes portant sur l'atténuation des incidences sur les pêcheries et sur des sujets connexes.

Indian Band were subjected to study as appears from a report made by the Band to the Minister of the Environment (Alberta) in February, 1987.

A contract for the construction of the dam was awarded by Alberta in February, 1988, and construction work has proceeded thereunder.

#### THE APPROVAL

On March 10, 1986 the Department of the Environment (Alberta) approached the Minister of Transport for an approval under section 5 of the *Navigable Waters Protection Act*. The Deputy Minister of Transport published notice of this application in local newspapers advising that a description of the site and plans of the Oldman River Dam Project had been deposited with the Department and that, after the expiration of one month from the date of publication, the Department of the Environment (Alberta) would apply under the Act "for approval of the said site and plans". In due course, on September 18, 1987, the approval was granted but upon a number of conditions all of which pertain to marine navigation. Prior to granting this approval, the Minister of Transport did not subject the matter to any environmental screening or initial assessment under the Guidelines Order. Nor was it referred to the Minister of the Environment (Canada) for public review under that Order.

#### THE APPELLANT

The appellant came into existence as an incorporated Society on September 8, 1987. Earlier, by letter sent at the beginning of August, 1987, the Southern Alberta Environmental Group raised with the Minister of Fisheries and Oceans the question of compliance with the Guidelines Order. That letter reads in part:

The "Procedures and Rules for Public Meetings" document published by the Federal Environmental Assessment Review

de l'agriculture, des loisirs et du transport. Finalement, les préoccupations relatives aux incidences du barrage sur les terres de la Bande indienne de Peigan ont fait l'objet d'une étude, ainsi qu'il ressort d'un rapport présenté par cette bande au ministre de l'Environnement de l'Alberta en février 1987.

Un contrat de construction du barrage a été adjudgé par l'Alberta en février 1988. Les travaux de construction visés en l'espèce se sont déroulés sous le régime de cette entente.

#### L'APPROBATION

Le 10 mars 1986, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a entrepris des démarches auprès du ministre aux fins d'obtenir son approbation sous le régime de l'article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Le sous-ministre des Transports a publié un avis de cette demande dans des journaux locaux; il y annonçait le dépôt d'une description de l'emplacement et des plans du projet du barrage sur la rivière Oldman auprès du ministère, en ajoutant que, à l'expiration d'une période d'un mois suivant la date de la publication, le ministère de l'Environnement de l'Alberta présenterait, sous le régime de la Loi, une demande [TRADUCTION] «sollicitant l'approbation dudit emplacement et desdits plans». En temps voulu, le 18 septembre 1987, l'approbation a été accordée mais à certaines conditions, qui, toutes, avaient trait à la navigation. L'approbation du ministre des Transports n'a pas été précédée de l'examen préalable ou de l'évaluation initiale des incidences environnementales prévus au Décret sur les lignes directrices. Cette question n'a pas non plus été soumise au ministre de l'Environnement du Canada pour qu'un examen public soit mené sous le régime de cette ordonnance.

#### L'APPELANTE

L'appelante a été constituée en société le 8 septembre 1987. Avant cette date, dans une lettre adressée au ministre des Pêches et des Océans au début d'août 1987, le Southern Alberta Environmental Group avait fait valoir que ce ministre devait se conformer au Décret sur les lignes directrices. Voici une partie de cette lettre:

[TRADUCTION] Selon le document «Procédures pour les réunions publiques», qui a été publié par le Bureau fédéral d'exa-

Office in 1985, state that, under the Environmental Assessment and Review Process, federal departments are required to take environmental matters into account throughout the planning and implementation of projects that have an environmental effect on a matter of federal responsibility.

Protection of fish habitat and fisheries are a federal matter and the responsibility of your Department. It is clear that the Oldman River Dam will have an impact on the fisheries resources. Therefore, as Minister of the Department of Fisheries and Oceans, will your department call for initiation, under FEARO, of an Initial Environmental Evaluation of the impacts of the Oldman River Dam on the fishery resources of the Oldman River and its tributaries, and consider a full environmental assessment and review of the project?

In his reply of August 25, 1987, the Minister stated, *inter alia*:

The fisheries officials have raised a number of concerns with the proponents of the dam and are now awaiting the formulation of mitigation and compensation proposals to remedy the potential problems posed to the fisheries resources.

In view of the long-standing administrative arrangements that are in place for the management of fisheries in Alberta, and the fact that the potential problems associated with the dam are being addressed, I do not propose to intervene in this matter.

By letter of December 3, 1987, the appellant asked the Minister of the Environment (Canada) that the project be reviewed under the Guidelines Order. On January 15, 1988, the Minister's office replied as follows:

As you may be aware, the Oldman River dam project falls primarily within provincial jurisdiction. The federal government is not directly involved with the proposal, and, therefore, it would be inappropriate for Environment Canada or Fisheries and Oceans Canada to intervene directly by attempting to link it to the Federal Water Policy.

It is incumbent upon Environment Canada, nevertheless, to ensure that the pollution control provisions of the federal *Fisheries Act* are implemented. Section 33 of the Act contains the pollution specifications that prohibit the deposits of deleterious substances into waters frequented by fish. Departmental officials with Environment Canada's Western and Northern regional office in Edmonton have reviewed a number of fisheries and environmental reports relevant to the project. Although the reviews identified a number of concerns about the project, Environment Canada is confident that Alberta's proposed mitigation plans will remedy any detrimental effects on the fishery's resource.

men des évaluations environnementales en 1985, le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement exige que les ministères fédéraux tiennent compte des questions environnementales tout au long de la planification et de la mise en œuvre des projets ayant des répercussions environnementales

a sur une question de compétence fédérale.

La protection de l'habitat du poisson et des pêcheries est une question fédérale relevant de votre Ministère. Il est clair que le barrage de la rivière Oldman aura des répercussions sur les ressources halieutiques. En conséquence, en votre qualité de ministre des Pêches et des Océans, votre ministère ordonnera-t-il la tenue d'une évaluation environnementale initiale des incidences du barrage de la rivière Oldman sur les ressources halieutiques de la rivière Oldman et de ses affluents sous la supervision du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales, et votre Ministère considérera-t-il l'opportunité d'une évaluation et d'un examen complets des incidences environnementales du projet?

b

c

Dans sa réponse du 25 août 1987, le ministre déclarait, entre autres:

[TRADUCTION] Les fonctionnaires des pêches ont soulevé plusieurs difficultés auprès des promoteurs du barrage; ils attendent à présent des propositions de mesures d'atténuation ou d'indemnisation qui remédieraient aux problèmes que ce projet risque d'engendrer pour les ressources halieutiques.

d

Considérant les arrangements administratifs qui régissent depuis longtemps la gestion des pêches en Alberta, et le fait que les problèmes risquant d'être causés par le barrage se trouvent pris en charge, je n'ai pas l'intention d'intervenir dans ce dossier.

e

Dans une lettre du 3 décembre 1987, l'appelante a demandé au ministre de l'Environnement du Canada que le projet soit examiné sous le régime du Décret sur les lignes directrices. Le 15 janvier 1988, le cabinet du ministre lui a fait la réponse suivante:

f

[TRADUCTION] Comme vous pouvez le savoir, le projet de barrage de la rivière Oldman relève fondamentalement de la compétence provinciale. Le gouvernement fédéral n'est pas directement visé par la proposition, de sorte qu'il serait inapproprié pour Environnement Canada ou Pêches et Océans Canada d'intervenir directement en tentant de la relier à la Politique fédérale relative aux eaux.

g

h

Il incombe néanmoins à Environnement Canada de s'assurer de la mise en œuvre des dispositions sur le contrôle de la pollution de la *Loi sur les pêches* fédérale. L'article 33 de cette Loi énonce les dispositions anti-pollution prohibant le dépôt de substances nocives dans les eaux où vivent les poissons. Les fonctionnaires du bureau régional de l'Ouest et du Nord d'Environnement Canada à Edmonton ont examiné un bon nombre de rapports sur les pêches et sur l'environnement qui sont pertinents au projet. Même si ces examens ont identifié plusieurs problèmes reliés au projet, Environnement Canada est confiant que les plans d'atténuation proposés par l'Alberta pallieront tout effet néfaste de celui-ci sur les ressources halieutiques.

i

j

In view of the long-standing administrative arrangements that are in place for the management of the environmental impact assessment proposals and the fisheries in Alberta, and because the potential problems associated with the dam are being addressed, it is not appropriate for Environment Canada to intervene. Please rest assured, however, that federal and provincial agencies will closely follow the court proceedings on the matter and monitor the project to ensure that guidelines and regulations related to the construction and operation of the dam will be followed.

A provincial licence granted for construction of the dam by the Department of the Environment (Alberta) was twice challenged by the appellant in the Alberta Courts. The first challenge, in October, 1987, resulted in the quashing of the licence and the issuing of a second one. An application to quash this second licence was dismissed in April, 1988. It is apparent from the record that the appellant did not become aware of the approval until February 16, 1989. The present proceedings attacking it were commenced in the Trial Division on April 21 of that year.

#### THE GUIDELINES ORDER

Before discussing the issues raised on this appeal, it is necessary to examine the content and scope of the Guidelines Order. Section 6 of the *Department of the Environment Act*, pursuant to which the Order was adopted, states:

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.

Section 2 of the Guidelines Order contains a number of definitions:

2. In these Guidelines,

“Environmental Impact Statement” means a documented assessment of the environmental consequences of any proposal expected to have significant environmental consequences that is prepared or procured by the proponent in accordance with guidelines established by a Panel;

“department” means, subject to sections 7 and 8,

(a) any department, board or agency of the Government of Canada, and

Considérant les arrangements administratifs qui régissent depuis longtemps la réception des propositions relatives aux incidences environnementales et aux pêcheries de l'Alberta, et considérant que des mesures sont prises pour régler les problèmes pouvant découler du barrage, Environnement Canada n'est pas justifié d'intervenir. Soyez assurés, toutefois, que les organismes fédéraux et provinciaux concernés suivront de près le déroulement des procédures intentées devant les tribunaux sur cette question, et qu'ils contrôleront le projet pour s'assurer du respect des lignes directrices et des règlements régissant la construction et l'exploitation du barrage.

Un permis provincial accordé pour la construction du barrage par le ministère de l'Environnement de l'Alberta a été attaqué par deux fois par l'appelante devant les tribunaux albertains. En octobre 1987, la première de ces contestations a abouti à l'annulation du permis délivré et à la délivrance d'un second permis. Une demande sollicitant l'annulation de ce second permis a été rejetée en avril 1988. Il ressort clairement du dossier que l'appelante n'a eu connaissance de l'approbation que le 16 février 1989. Les procédures qui la contestent présentement n'ont été entamées devant la Section de première instance que le 21 avril de cette même année.

#### LE DÉCRET SUR LES LIGNES DIRECTRICES

Avant de discuter des questions soulevées dans le présent appel, nous devons examiner le contenu et la portée du Décret sur les lignes directrices. L'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, sous le régime duquel le Décret a été adopté, déclare:

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.

L'article 2 du Décret sur les lignes directrices prévoit un certain nombre de définitions:

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

«Bureau» Le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales chargé d'administrer le processus et relevant directement du Ministre.

«Commission» Commission d'évaluation environnementale chargée, en vertu de l'article 21, de réaliser l'examen public d'une proposition.

(b) any corporation listed on Schedule D to the *Financial Administration Act* and any regulatory body;

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

“Minister” means the Minister of the Environment;

“Office” means the Federal Environmental Assessment Review Office that is responsible directly to the Minister for the administration of the Process;

“Panel” means an Environmental Assessment Panel that conducts the public review of a proposal pursuant to section 21;

“Process” means the Environmental Assessment and Review Process administered by the Office;

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

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

Sections 3, 6, 10, 12, 13, 15 and 19 of the Guidelines Order contain various general provisions, and provide for an environmental screening or initial assessment of a proposal. They read:

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

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.

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

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

«énoncé des incidences environnementales» Évaluation détaillée des répercussions environnementales de toute proposition dont les effets prévus sur l'environnement sont importants, qui est effectuée ou fournie par le promoteur en conformité avec les directives établies par une commission.

a «ministère» S'entend:

- a) de tout ministère, commission ou organismes fédéraux, ou
- b) dans les cas indiqués, l'une des corporations de la Couronne nommées à l'annexe D de la *Loi sur l'administration financière* ou tout organisme de réglementation.

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

«Ministre» Le ministre de l'Environnement.

«processus» Le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, administré par le Bureau.

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

«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.

Les articles 3, 6, 10, 12, 13, 15 et 19 du Décret sur les lignes directrices édictent diverses dispositions à caractère général, qui prévoient un examen préalable ou une évaluation initiale d'une demande. Ils sont ainsi libellés:

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

f 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.

h

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

i

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

j

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

(a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;

(b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

(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.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

15. The initiating department shall ensure

(a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 13,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the *Access to Information Act*.

19. It is the role of every department that has specialist knowledge or responsibilities relevant to a proposal to

(a) provide to the initiating department any available data, information or advice that the initiating department may request concerning

(i) any regulatory requirements related to the project, and

(ii) the environmental effects and the directly related social impact of those effects; and

(b) as appropriate, advocate the protection of the interests for which it is responsible.

a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

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.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

15. Le ministère responsable doit s'assurer

a) après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

b) avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*.

19. Il incombe à tout ministère à vocation spécialisée ou ayant des responsabilités à une proposition donnée:

a) de fournir au ministère responsable, sur demande, des données, des renseignements ou des avis concernant:

(i) les exigences-réglementaires afférentes à la proposition, et

(ii) les effets de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales qui y sont directement liées; et

b) au besoin, de proposer des mesures de protection pour les ressources renouvelables dont il a la responsabilité.

The Guidelines Order also provides for a public review as may be required by sections 12 or 13. Such a review is conducted by an Environmental Assessment Panel under an elaborate set of provisions set out in sections 21-32 of the Guidelines Order. Members of the panel must be “unbiased and free of any potential conflict of interest relative to the proposal” (paragraph 22(a)), be “free of any political influence” (paragraph 22(b)), and have “special knowledge and experience relevant to the anticipated technical, environmental and social effects of the proposal” (paragraph 22(c)). Panel hearings must be held in public (subsection 27(1)); the panel is required to “conduct a public information program to advise the public of its review and to ensure that the public has access to all relevant information” (subsection 28(1)); all information submitted to a panel “shall become public information” (subsection 29(1)); the public must have access to, and sufficient time to examine and comment upon, information submitted to a panel prior to a public hearing (subsection 29(2)); an initiating department is required to include in its consideration of a proposal “the concerns of the public regarding the proposal and its potential environmental effects” (paragraph 4(1)(b)); the Federal Environmental Assessment Review Office, which has responsibility directly to the Minister of the Environment (Canada) for the administration of the review process, is required, *inter alia*, to assist an initiating department “in the provision of information on and the solicitation of public response to proposals” so as to ensure that “public opinion is heard” in a timely manner (paragraph 18(b)).

By virtue of section 36 of the Guidelines Order, certain responsibilities in respect of a public review devolve upon departments of the Government of Canada other than the “initiating department”:

36. In a public review, it is the role of every department that has specialist knowledge or responsibilities relevant to a proposal to

(a) provide to the Panel and any other participants in the public review any available data, information or advice that is requested from them;

Le Décret sur les lignes directrices prévoit la tenue des examens publics pouvant être requis en vertu des articles 12 et 13. Ces examens sont menés par une commission d'évaluation environnementale sous le régime d'un ensemble complexe de dispositions énoncées aux articles 21 à 32 du Décret sur les lignes directrices. Les membres de la commission doivent «faire preuve d'objectivité et ne pas être dans une situation où il y a risque de conflit d'intérêts quant à la proposition» (alinéa 22a)), être «à l'abri de l'ingérence politique» (alinéa 22b)) et posséder «des connaissances particulières et une expérience se rapportant aux effets prévus de la proposition sur les plans technique, environnemental et social» (alinéa 22c)). Les audiences d'une commission doivent être tenues en public (paragraphe 27(1)); la commission doit mener «une campagne d'information pour tenir le public au courant de l'examen entrepris et s'assurer qu'il a accès à l'information pertinente» (paragraphe 28(1)); tous les renseignements présentés à une commission «sont rendus publics» (paragraphe 29(1)); le public doit avoir suffisamment de temps pour pouvoir prendre connaissance des renseignements reçus par une commission au sujet d'une proposition et donner ses commentaires à ce propos (paragraphe 29(2)); lors de l'examen d'une proposition, le ministère responsable étudie «les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement» (alinéa 4(1)(b)); le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales, qui est chargé d'administrer le processus d'examen et qui relève directement du ministre de l'Environnement du Canada, doit notamment aider les ministères responsables «dans la prestation de renseignements et l'obtention de la réaction du public aux propositions» pour s'assurer que «l'opinion du public soit entendue» en temps opportun (alinéa 18b)).

En vertu de l'article 36 du Décret sur les lignes directrices, certaines des responsabilités afférentes à l'examen public sont confiées à des ministères du gouvernement du Canada autres que le «ministère responsable»:

36. Lors d'un examen public, il incombe à tout ministère à vocation spécialisée ou ayant des responsabilités liées à une proposition donnée:

a) de fournir, sur demande, des données, des renseignements et des conseils aux membres de la commission et aux autres participants de l'examen public;

(b) provide experts at public hearings of the Panel to make presentations or to respond to questions; and

(c) where appropriate, advocate the protection of the interests for which they have responsibility.

Section 31 of the Guidelines Order provides for what must be done at the end of a public review process. It reads:

31. (1) At the end of its review, a Panel shall

(a) prepare a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers; and

(b) transmit the report referred to in paragraph (a) to the Minister and the Minister responsible for the initiating department.

(2) The Minister and the Minister responsible for the initiating department shall make the report available to the public.

#### AREAS OF FEDERAL RESPONSIBILITY

One need not look far to see that construction and operation of the Oldman River dam and reservoir may have an environmental effect on areas of federal responsibility. At least three such areas would appear to be so affected, namely, fisheries, Indians and Indian lands. In my view, the evidence speaks both loudly and eloquently that these particular areas of federal responsibility might, indeed, be adversely affected by the presence of dam and reservoir.

#### Fisheries

Studies conducted on behalf of the provincial authorities delineate a multitude of potential adverse impacts upon the fish population in the Oldman River resulting from increased sediment loads, water pollution, barriers to migration and use of explosives during construction of the dam. Potential impacts, both upstream and downstream, of the dam and reservoir and of water impoundment were also identified.

In February, 1987, Environment Canada prepared an "Environmental Impact Evaluation" on the basis of reports prepared by or for these authorities and the Peigan Indian Band. At pages 9-10 of this document it is stated:

b) d'assurer la présence de spécialistes lors des audiences publiques de la commission afin que ceux-ci fassent des présentations ou répondent à des questions; et

c) d'encourager, au besoin, la protection des intérêts dont il est responsable.

<sup>a</sup> L'article 31 du Décret sur les lignes directrices prévoit ce qui doit être fait une fois un examen terminé. Il déclare:

31. (1) Une fois l'examen terminé, la commission:

<sup>b</sup> a) rédige un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'elle adresse aux ministres responsables; et

b) fait parvenir le rapport visé à l'alinéa a) au Ministre et au ministre chargé du ministère responsable.

<sup>c</sup> (2) Le Ministre et le ministre chargé du ministère responsable rendent le rapport visé à l'alinéa (1)a).

#### QUESTIONS DE COMPÉTENCE FÉDÉRALE

<sup>d</sup> Point n'est besoin d'un examen approfondi pour constater que la construction et l'exploitation du barrage et du réservoir de la rivière Oldman peuvent avoir des répercussions environnementales sur des questions de compétence fédérale. Au moins trois de ces questions sembleraient être ainsi visées, <sup>e</sup> soit les pêcheries, les Indiens et les terres réservées aux Indiens. À mon sens, la preuve établit avec force et éloquence que la présence d'un barrage et d'un réservoir risque effectivement d'avoir des répercussions néfastes sur ces domaines particuliers de la compétence fédérale. <sup>f</sup>

#### Les pêcheries

<sup>g</sup> Les études effectuées pour le compte des autorités provinciales mettent en évidence une foule d'incidences néfastes que pourraient subir les populations de poissons de la rivière Oldman à la suite de l'accroissement des charges de sédiments, de la pollution des eaux, des obstacles à la migration et de l'utilisation d'explosifs au cours de la construction du barrage. <sup>h</sup> Ont également été identifiées certaines conséquences pouvant résulter, en amont comme en aval, du barrage, du réservoir et du captage des eaux.

<sup>i</sup> En février 1987, Environnement Canada a préparé une «*Environmental Impact Evaluation*» <sup>j</sup> [[TRADUCTION] «Évaluation des incidences environnementales»] en se fondant sur des rapports élaborés par ces autorités et la Bande indienne de Peigan ou pour celles-ci. Aux pages 9 et 10 de ce document, il est déclaré:

Construction of the Oldman River will result in significant habitat alterations to the fishery resource both upstream and downstream of the dam site. Anticipated downstream effects will be felt during both the construction and operational phases of the dam. These have been discussed by Radford (1975), McCart (1978), and Allen (1985) from which most of the following summary has been gleaned.

During construction increased sediment levels may result in short-term reductions in benthic invertebrate (fish food) populations. Direct effects of increased sediment loads on fish would likely be limited to eggs and fry, however, the extent of spawning in the affected area is uncertain. Spills of toxic materials may affect fish directly or indirectly, the magnitude of the effect depending upon the nature and quantity of the spilled substance. The use of explosives has the potential to cause high mortalities, especially during the spring and autumn migration periods. High water velocities in the diversion tunnels may disrupt fish migrations past the dam site during the construction period.

Stratification within the reservoir may lead to release of very cold water, resulting in reduced summer water temperatures downstream. The consequence of this could be a change in species composition in the affected area in favour of cold water species (trout and mountain whitefish) and to the detriment of warm water forms (pike and walleye). Fish inhabiting this zone may grow at reduced rates.

Fish migrations (e.g. rainbow trout and mountain whitefish) past the dam site will be completely blocked by the new dam. This will affect species such as rainbow trout which currently use areas both upstream and downstream of the site in the course of their life histories. A serious reduction in trout populations upstream of the dam site may occur unless suitable alternative habitat can be found in the newly created reservoir.

Fish trapped downstream of the dam site may concentrate immediately below the dam where they may be highly susceptible to overharvesting.

Concerns of a similar nature are also expressed in "Comments on the Oldman River Dam Proposal" of February 24, 1987 prepared by the Central and Arctic Region of the Department of Fisheries and Oceans. At the request of the Department of Indian and Northern Affairs, six provincial reports on the project dealing with fisheries resource assessment and impact mitigation were reviewed, the focus being on the identification of potential major impacts, possible mitigation measures and the effect on the fisheries of the Peigan Indian Reserve. The following comments, under the heading of "Fisheries Impacts", appear at pages 1-2:

[TRADUCTION] La construction du barrage de la rivière Oldman changera radicalement l'habitat des poissons, à la fois en amont et en aval. En aval, les effets prévus se feront sentir durant la construction et après la mise en exploitation. Ils ont été analysés par Radford (1975), McCart (1978) et Allen (1985), d'où les renseignements suivants sont tirés.

Durant la construction, l'augmentation de la sédimentation pourra réduire à court terme de la population des invertébrés benthiques, qui servent de nourriture aux poissons. L'effet direct sur les poissons de cette sédimentation accrue serait vraisemblablement limité aux œufs et aux alevins, mais l'importance du frai dans la zone en cause est mal connue. Les déversements de matières toxiques peuvent agir directement ou indirectement sur les poissons, selon la quantité et la substance déversée. L'emploi d'explosifs pourrait causer de fortes mortalités, en particulier durant les migrations de printemps ou d'automne. La grande vitesse de l'eau dans les tunnels de dérivation pourrait nuire aux migrations à la hauteur du barrage durant la construction.

La stratification thermique dans le lac de retenue peut donner lieu à un rejet d'eau très froide, qui refroidirait l'eau en aval l'été, ce qui entraînerait peut-être un remplacement de la composition en espèces dans la zone touchée au dépens d'espèces d'eau chaude (brochet et doré) et au profit d'espèces d'eau froide (truite et corégone de montagne). Les poissons qui habitent cette zone pourraient croître plus lentement.

La migration (truite arc-en-ciel et corégone de montagne, p.ex.) sera complètement bloquée par le barrage, ce qui nuira à des espèces comme la truite qui utilise à l'heure actuelle la rivière en amont et en aval du barrage à différents stades de sa vie. Une chute des effectifs de la truite pourrait survenir en amont, à moins que l'espèce ne trouve un milieu naturel de remplacement acceptable dans le lac de retenue.

Les poissons bloqués en aval pourraient se concentrer au pied du barrage, où ils seraient très vulnérables à une surpêche.

Des préoccupations du même ordre ont été exprimées dans le document «*Comments on the Oldman River Dam Proposal*» [[TRADUCTION] «Commentaires sur le projet de barrage de la rivière Oldman»], daté du 24 février 1987 et préparé par la Région du Centre et de l'Arctique du ministère des Pêches et des Océans. À la demande du ministère des Affaires indiennes et du Nord, six rapports provinciaux portant sur le projet étaient examinés. Ceux-ci traitaient de l'évaluation des ressources halieutiques et de l'atténuation des incidences du projet. Cet examen visait à identifier les répercussions majeures possibles du projet, à faire ressortir les mesures d'atténuation s'offrant à leur égard et à mesurer les conséquences du projet sur les pêches de la réserve indienne de Peigan. Les observations suivantes, figurent aux pages 1 et 2 de ce rapport sous le titre «*Fisheries Impacts*» [[TRADUCTION] «Incidences sur les pêches»]:

1) Both coldwater and coolwater sport species will be affected. The coldwater species, in order of abundance, are mountain whitefish, rainbow trout, and occasional bull trout, brown trout and cutthroat trout. Coolwater species include lake whitefish, northern pike, walleye and goldeye, the latter two being rare. The non-sport species are dominated by suckers.

2) Construction of the Oldman River Dam will flood (in order of importance as fish habitat) 6.5 km of the Crownsnest River, 17.5 km of the Oldman River and 9.5 km of the Castle River.

3) The 2300 ha reservoir will be fairly productive initially (2-3 years) due to the influx of nutrients from newly flooded terrestrial areas. Following this initial surge, however, productivity will decline to very low levels and will be capable of producing significantly fewer sport fish than does the existing riverine habitat (although the reservoir is some 20 times greater in area than the area of river that will be flooded, it will likely be capable of producing less than half as much sport fish annually). Cold water temperatures and high water exchange rates are the main factors resulting in low reservoir productivity. The reservoir will offer poor quality fish habitat, depending on drawdown regimes which are expected to be extreme (up to 20 m). Shoreline erosion occurring due to fluctuating water levels will result in increased sediment deposition. Strong prevailing winds will make boating very hazardous, and dangerous ice conditions (due to drawdown) will limit ice fishing opportunities. The reservoir fish population will become dominated by non-sport species, principally white suckers. Mercury contamination of fish is a possibility.

4) The aquatic community below the Oldman River Dam is likely to be altered by the low temperature and higher nutrient levels of the water released. Early in reservoir life, this water may be of such low quality as to cause downstream fish kills. Over the longer term, lower water temperatures may alter use by coolwater fish species. River substrates directly below the dam will be altered due to increased water velocities.

5) There are a number of construction related impacts, such as increased erosion and siltation, sewage and refuse disposal, explosives use, fuel and chemical spills.

6) The Oldman River Dam will act as a barrier to fish movements, affecting species whose life cycles including habitats above and below the dam site. In the case of rainbow trout, exclusion from downstream areas is expected to have a minimal impact. Although some rainbow trout do utilize areas downstream of the dam site for rearing and overwintering, the number of fish involved is thought to be small, in relation to the total population. Most rainbow trout spawning occurs above FSL (Full Storage Level) and the population is thought not to be highly mobile. Major summer feeding and overwintering areas in the lower Crownsnest and Oldman rivers will be inundated. Alternative habitats offered by the post-impoundment environment will probably be inferior to those being lost.

Mountain whitefish, in contrast to rainbow trout, migrate extensively within the study area. While some overwintering occurs upstream of the dam site, most mountain whitefish probably overwinter in downstream areas. Major spawning and feeding areas occur upstream of the dam site and will be inaccessible to the population after construction. Considerable spawning does, however, occur downstream of the dam, and it is anticipated that a mountain whitefish population will remain

1) Les espèces de pêche sportive d'eau froide et d'eau fraîche seront touchées. Les premières sont, par ordre d'abondance, le corégone de montagne, la truite arc-en-ciel et les espèces occasionnelles, Dolly Varden, truite brune et truite fardée. Les poissons du second groupe comprennent le corégone de lac, le brochet du Nord et deux espèces rares, le doré et la laquaiche. Les poissons non pêchés les plus communs sont les meuniers.

2) Le barrage de la rivière Oldman noyera (par ordre d'importance pour l'habitat des poissons) 6,5 km de la rivière du Nid-de-Corbeau, 17,5 km de la rivière Oldman et 9,5 km de la rivière Castle.

3) Le lac de retenue de 2 300 ha sera très productif au début (2 ou 3 ans), à cause de l'arrivée de matières nutritives en provenance des terres nouvellement noyées. Après cependant, la productivité chutera et pourra supporter beaucoup moins de poissons de pêche sportive que les milieux fluviaux actuels (bien que le lac sera une vingtaine de fois plus grand que la superficie noyée des rivières, il ne pourra vraisemblablement pas produire la moitié des poissons de pêche sportive chaque année). L'eau froide et le taux élevé de renouvellement de l'eau sont les principales causes de cette faible productivité. Le lac offrira aux poissons un habitat de piètre qualité, à cause du marnage excessif prévu (jusqu'à 20 m). L'érosion des rives due à cette fluctuation de niveau donnera lieu à un accroissement de la sédimentation. Les forts vents dominants rendront la navigation périlleuse et les conditions des glaces rendues dangereuses par le marnage limiteront les possibilités de pêche blanche. Les populations de poissons du lac seront dominées par des espèces non sportives, notamment le meunier noir. La contamination des poissons par le mercure est possible.

4) La biocénose aquatique de la rivière Oldman en aval du barrage sera vraisemblablement modifiée par l'eau plus froide et plus riche en matières nutritives qui proviendra du lac de retenue. Au début, cette eau pourrait être de qualité suffisamment mauvaise pour causer des mortalités de poissons en aval. À la longue, le refroidissement de l'eau pourrait nuire aux espèces d'eau fraîche. Les substrats directement en aval du barrage seront modifiés par la vitesse accrue du courant.

5) Plusieurs effets de la construction sont à signaler, comme une augmentation de l'érosion et de l'envasement, l'élimination d'eau usée et de déchets, l'utilisation d'explosifs, ainsi que les déversements de produits pétroliers et chimiques.

6) Le barrage de la rivière Oldman bloquera les déplacements de poissons et affectera les espèces qui partagent leur cycle vital entre l'amont et l'aval du barrage. Dans le cas de la truite arc-en-ciel, l'exclusion de la partie aval devrait avoir un effet minimal. Les truites qui utilisent l'aval pour croître et hiverner sont peu nombreuses par rapport à l'effectif total. La plupart d'entre elles fraient en amont du niveau maximal du barrage, et on ne croit pas la population très mobile. Les principaux lieux d'alimentation estivale et d'hivernage du cours inférieur des rivières du Nid-de-Corbeau et Oldman sera noyé. Les milieux de remplacement disponibles après la construction du barrage seront probablement de moins bonne qualité.

Le corégone de montagne, contrairement à la truite arc-en-ciel, effectue des migrations considérables dans les limites du territoire étudié. Certains poissons hivernent en amont du barrage, mais la plupart hivernent probablement en aval. Le frai et l'alimentation ont lieu en bonne partie en amont, secteur que le barrage rendra inaccessible. Cependant, il y a beaucoup de frai en aval du barrage, et on prévoit qu'une population de corégone y demeurera. On prévoit que celle-ci sera moins nombreuse,

in the area. However, since much of the support habitat for this species is located above the dam, reduced population sizes are anticipated.

### Indians and Indian lands

Additional comments showing potential adverse impacts on the Peigan Indian Band and Reserve lands located downstream of the dam site, appear at page 4 of the "Comments on the Oldman River Dam Proposal":

1) Construction related impacts may alter water quality or quantity at the Peigan Indian Reserve, the western boundary of which is located approximately 12 km below the dam site. Increased levels of suspended sediment, fuel or chemical spills, etc. are possibilities.

2) If flow augmentation is incorporated into the operating regime of the Oldman River Dam, benefits would accrue to the downstream fisheries and the dam would have a positive downstream impact in this case.

3) In the first few years of operation, releases of oxygen deficient and possibly toxic water from the hypolimnion may cause fish kills downstream of the dam (however, it is not known how far downstream these effects may occur).

4) In the long term, depressed temperature regimes, increased nutrient levels and productivity are anticipated to occur downstream of the dam. Again, it is difficult without operating regime scenarios to predict how far downstream temperature and productivity effects might be manifested. At present, the section of the Oldman River main stem from Brocket to Lethbridge is considered to be a transition zone, occupied by both coldwater and coolwater species. With depressed temperatures, increased productivity and especially, augmented flows, it is anticipated that some portion of the transition zone will be replaced by a high quality coldwater fishery.

Then, again, in the Environmental Impact Evaluation mentioned above we find the following further indication of potential impact upon Indian lands, at page 12:

Furthermore, dust storms affecting Reserve lands could increase as a result of wind erosion on soil exposed by the annual draw-down of the reservoir. The project may cause the mercury content to increase in fish, and local extinction of the flood-plain cottonwood forest. These last two consequences of the project are not certain, and they should be monitored or studied during the next decade.

### DISCUSSION

I turn now to discuss the issues raised for our decision.

parce qu'une bonne partie de l'habitat d'alimentation se trouve en amont du barrage.

### Les Indiens et les terres réservées aux Indiens

*a* À la page 4 du document «*Comments on the Oldman River Dam Proposal*» [[TRADUCTION] «*Commentaires sur le projet de barrage de la rivière Oldman*»] ressortent des observations additionnelles exposant les incidences néfastes que le projet est susceptible d'entraîner sur les terres de la Bande indienne de Peigan et des réserves situées en aval de l'emplacement du barrage:

*b* [TRADUCTION] 1) La construction pourra altérer la qualité et la quantité d'eau dans la réserve indienne de Peigan, dont la limite ouest est située à une douzaine de km en aval du barrage. L'augmentation des matières en suspension, les déversements de produits pétroliers et chimiques sont autant de possibilités.

*c* 2) Si l'accroissement du débit est intégré dans le régime de fonctionnement du barrage de la rivière Oldman, les pêches en aval en bénéficieront et le barrage aura alors un effet positif dans cette zone.

*d* 3) Durant les premières années de fonctionnement, la libération d'eau pauvre en oxygène et peut-être toxique de l'hypolimnion pourrait causer des mortalités de poissons en aval du barrage (cependant, on ne sait pas jusqu'où ces effets pourraient se faire sentir en aval).

*e* 4) À la longue, on s'attend que les régimes thermiques seront abaissés et que la concentration en éléments nutritifs et la productivité seront plus forts en aval. Ici encore, il est difficile de prévoir jusqu'où en aval la température et la productivité seront modifiées sans connaître les régimes d'exploitation du barrage. À l'heure actuelle, la section du chenal principal de la rivière Oldman de Brocket à Lethbridge est considérée comme une zone de transition occupée à la fois par des espèces d'eau froide et d'eau fraîche. Le refroidissement de l'eau, l'accroissement de la productivité et surtout du débit devraient transformer une portion de cette zone en pêcherie d'eau froide de grande qualité.

*f* De plus, à la page 12, l'«*Évaluation des incidences environnementales*» susmentionnée expose d'autres conséquences possibles du projet sur les terres réservées aux Indiens:

*g* [TRADUCTION] En outre, les tempêtes de poussière qui touchent la Réserve pourraient augmenter par suite de l'érosion éolienne du sol exposé par le marnage annuel du lac de retenue. Les travaux pourraient accroître la concentration de mercure chez les poissons et amener la disparition locale de la forêt alluviale de peupliers. Ces deux conséquences ne sont pas certaines, et devraient être contrôlées ou étudiées durant la prochaine décennie.

### ANALYSE

*j* Je traiterai à présent des questions qui ont été soulevées dans le cadre du présent appel.

### Is the Minister of Transport bound by the Guidelines Order?

The first issue is whether the Motions Judge erred in deciding that the Minister of Transport, in granting the approval under the *Navigable Waters Protection Act*, was not bound by the Guidelines Order. Sections 5 and 6 of that Act provide:

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

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

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

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

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

6. (1) Where any work to which this Part applies is built or placed without having been approved by the Minister, is built or placed on a site not approved by the Minister, is not built or placed in accordance with plans so approved or, having been so built or placed, is not maintained in accordance with those plans and the regulations, the Minister may

(a) order the owner of the work to remove or alter the work;

(b) where the owner of the work fails forthwith to comply with an order made pursuant to paragraph (a), remove and destroy the work and sell, give away or otherwise dispose of the materials contained in the work; and

(c) order any person to refrain from proceeding with the construction of the work where, in the opinion of the Minister, the work interferes or would interfere with navigation or is being constructed contrary to this Act.

(2) Any owner or person who fails to comply with an order given to that owner or person pursuant to paragraph (1)(a) or (c) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five thousand dollars.

(3) Where the Minister removes, destroys or disposes of a work pursuant to paragraph (1)(b), the costs of and incidental to the operation of removal, destruction or disposal, after deducting therefrom any sum that may be realized by sale or otherwise, are recoverable with costs in the name of Her Majesty from the owner.

### Le ministre des Transports est-il lié par le Décret sur les lignes directrices?

La première question est celle de savoir si le juge des requêtes s'est trompé en décidant que le ministre des Transports n'était pas lié par le Décret sur les lignes directrices lorsqu'il accordait une approbation en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Les articles 5 et 6 de cette Loi sont ainsi libellés:

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

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

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

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

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

6. (1) Dans les cas où un ouvrage visé par la présente partie est construit ou placé sans avoir été approuvé par le ministre ou est construit ou placé sur un emplacement non approuvé par le ministre ou n'est pas construit ou placé conformément à des plans ainsi approuvés ou, après avoir été ainsi construit ou placé, n'est pas entretenu conformément à ces plans et aux règlements, le ministre peut:

a) ordonner au propriétaire de l'ouvrage de l'enlever ou de le modifier;

b) lorsque le propriétaire de l'ouvrage n'obtempère pas à un ordre donné sous le régime de l'alinéa a), enlever et détruire l'ouvrage et aliéner—notamment par vente ou don—les matériaux qui le composent;

c) enjoindre à quiconque d'arrêter la construction de l'ouvrage lorsqu'il est d'avis qu'il gêne ou gênerait la navigation ou que sa construction est en contravention avec la présente loi.

(2) Quiconque n'obtempère pas à un ordre donné sous le régime de l'alinéa (1)a) ou c) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq mille dollars.

(3) Les frais entraînés par l'enlèvement, la destruction ou l'aliénation d'un ouvrage par le ministre en application de l'alinéa (1)b) sont, après déduction du montant qui peut être réalisé notamment par vente, recouvrables du propriétaire, ainsi que les frais de recouvrement, au nom de Sa Majesté.

(4) The Minister may, subject to deposit and advertisement as in the case of a proposed work, approve a work and the plans and site of the work after the commencement of its construction and the approval has the same effect as if given prior to commencement of the construction of the work.

The reasons of the Motions Judge for concluding as he did, appear at pages 268-269 of his Reasons for Order:

This application seeks to set aside the Minister's approval under subsection 5(1) for his failure to trigger environmental review pursuant to the Guidelines Order. The difficulty with this premise is that the NWPA sets out no requirement for environmental review of any sort, nor does the *Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18 require the Minister to consider environmental factors in carrying out his duties. As the Minister of Transport is restricted to consideration of factors affecting marine navigation when issuing approval, I find that he was without authority to require environmental review. *Certiorari* will issue where there is a lack of jurisdiction, which includes acting upon irrelevant considerations; a breach of the duty to act fairly; or an error of law on the face of the record. I am unable to conclude that the Minister of Transport has erred under any of these categories. The approval granted here was within the authority accorded by the NWPA. Indeed any triggering of the Guidelines Order by this Minister would have required him to exceed the limits of his authority. *Certiorari* should not therefore issue against the Minister of Transport. Furthermore, since I have found that there is no requirement in the NWPA, or the *Department of Transport Act* to invoke the environmental review process, the requested order for *mandamus* directing the Minister to comply with that process is also refused.

With respect, I am unable to agree that, in deciding whether to grant the approval, the Minister of Transport was restricted to considering factors affecting marine navigation only and that he was without authority to require environmental review. Such conclusions appear to be quite at odds with the true and, indeed, very far-reaching import of the Guidelines Order. The dam project to which the approval related fell squarely within the purview of paragraph 6(b) of the Guidelines Order as a "proposal . . . that may have an environmental effect on an area of federal responsibility". This "proposal" resulted in the Department of Transport becoming the "initiating department" responsible as the "decision making authority".

(4) Le ministre peut, sous réserve de dépôt et d'annonce comme dans le cas d'un ouvrage projeté, approuver un ouvrage, ainsi que ses plans et son emplacement, après le début de sa construction; l'approbation a alors le même effet que si elle avait été donnée avant le début des travaux.

Les motifs sur lesquels le juge a fondé sa conclusion sont énoncés aux pages 268 et 269 de ses motifs d'ordonnance:

La présente demande veut faire annuler l'approbation donnée par le ministre sous le régime du paragraphe 5(1) au motif que le ministre a omis de déclencher un examen des incidences gouvernementales conformément au Décret sur les lignes directrices. Ce raisonnement tenu par la requérante se fonde sur une prémisse erronée puisque la *Loi sur la protection des eaux navigables* n'établit point d'obligation de tenir quelque examen public que ce soit, et que la *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), chap. T-18 ne stipule aucunement que le ministre doit prendre en considération les facteurs environnementaux dans l'accomplissement des fonctions de sa charge. Comme les facteurs touchant la navigation sont les seuls à pouvoir être considérés par le ministre lorsqu'il décide de l'approbation d'un projet, je conclus que le ministre n'était pas habilité à exiger un examen des incidences environnementales. Un bref de *certiorari* sera délivré lorsqu'il y aura absence de compétence, une notion qui comprend le fait d'agir sur le fondement de considérations non pertinentes, le défaut de respecter l'équité ou l'erreur de droit ressortant à la lecture du dossier. Je suis incapable de conclure que le ministre des transports ait commis une erreur appartenant à l'une ou à l'autre de ces catégories. L'approbation accordée en l'espèce respectait les limites du pouvoir conféré par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. En fait, le déclenchement des procédures prévues au Décret sur les lignes directrices par ce ministre l'aurait obligé à excéder les limites de ses pouvoirs. En conséquence, aucun bref de *certiorari* ne devrait être délivré contre le ministre des Transports. De plus, comme j'ai conclu que ni la *Loi sur la protection des eaux navigables* ni la *Loi sur le ministère des Transports* n'exigeaient que la procédure de l'examen environnemental soit invoquée, l'ordonnance de *mandamus* qui a été demandée pour obliger le ministre à se conformer à une telle procédure est également refusée.

Avec déférence, je suis incapable de souscrire à la proposition que, lorsqu'il a décidé s'il accordait ou non son approbation, le ministre des Transports pouvait seulement prendre en considération les facteurs touchant la navigation, et n'était pas habilité à exiger un examen des incidences environnementales. De telles conclusions semblent assez incompatibles avec la portée véritable et, certes, très étendue du Décret sur les lignes directrices. Le projet de barrage auquel se rapportait l'approbation tombait nettement sous le coup de l'alinéa 6b) du Décret sur les lignes directrices en ce qu'il faisait partie des «propositions . . . pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale». À la suite de cette

The environmental effect of granting the application on any area of federal responsibility needed to be examined in accordance with the provisions of the Guidelines Order. That Order was engaged in all of its detail.

The respondents argue for a much narrower reading of the Guidelines Order. They say it is not applicable to a case where the provisions of a specialized statute require consideration of statutory criteria not directly related to environmental concerns and that such is the case here because the language of the *Navigable Waters Protection Act* restricts the Minister to considering "navigation" only. In my view, to accept this contention would require us to ignore the true nature of the Guidelines Order which, as was held in *Canadian Wildlife*, is a law of general application. By virtue of section 6 of the *Department of the Environment Act*, any guidelines established are to be used "by departments . . . in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions" in furtherance of those duties and functions of the Minister of the Environment (Canada) himself which are "related to environmental quality". I conclude that the Guidelines Order was intended to bind the Minister in the performance of his duties and functions. It created a duty which is superadded to the exercise of any other statutory power residing in him. The source of the Minister's jurisdiction and responsibility to address environmental questions in areas of federal responsibility springs not from that statutory law but from the Guidelines Order itself. The Minister had a positive obligation to comply with it.

Before leaving this issue I wish to deal with a further submission of the Minister. On the basis of the Guidelines Order itself he contends that it was never intended to apply in a case such as this because it is clearly inconsistent and in conflict with the approval scheme set up under the *Navigable Waters Protection Act*. While it is required under section 3 of the Guidelines Order that the initiating department "as early in the planning

«proposition», le ministère des Transports est devenu le «ministère responsable» en qualité de ministère qui «exerce le pouvoir de décision». Les incidences environnementales qu'une décision accordant la demande pouvait entraîner pour toute question de compétence fédérale devaient être examinées conformément aux dispositions du Décret sur les lignes directrices. Ce Décret s'appliquait dans ses moindres détails.

Les intimés sont en faveur d'une interprétation beaucoup plus étroite du Décret sur les lignes directrices. Selon eux, il n'est pas applicable lorsque les dispositions d'une loi spécialisée exigent la considération de critères statutaires non directement reliés à des préoccupations environnementales, ce qui serait le cas en l'espèce, où le libellé de la *Loi sur la protection sur les eaux navigables* restreint l'examen du ministre à la «navigation». À mon sens, accepter cette prétention serait omettre de tenir compte du caractère véritable du Décret sur les lignes directrices qui, ainsi que l'a conclu l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, est une loi d'application générale. En vertu de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, les directives établies doivent être utilisées par les «ministères . . . dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions» pour aider à l'exécution des fonctions du ministre de l'Environnement du Canada lui-même qui «portent sur la qualité de l'environnement». Je conclus que le Décret sur les lignes directrices a été destiné à lier le ministre dans l'exercice de ses fonctions. Il a créé une fonction qui s'ajoute à l'exercice des autres pouvoirs qui lui sont conférés par des lois. Le fondement du pouvoir et de la responsabilité du ministre de prendre en charge les problèmes environnementaux touchant des questions de compétence fédérale ne réside pas dans ces lois mais dans le Décret sur les lignes directrices lui-même. Le ministre avait une obligation positive à respecter.

Avant d'en terminer avec cette question, je veux me prononcer sur une autre prétention du ministre. Se fondant sur le Décret sur les lignes directrices lui-même, il prétend que ses dispositions n'ont jamais été destinées à s'appliquer à une espèce comme la présente espèce parce qu'elles sont nettement incompatibles et nettement en conflit avec le mécanisme d'approbation établi par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Alors que l'article

process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals . . . are fully considered”, under subsection 6(4) of that Act the Minister may “approve a work and the plans and site of the work after the commencement of its construction”, the approval to have “the same effect as if given prior to commencement of the construction of the work”. An inconsistency or conflict, it is submitted, lies in the fact that this authority to grant an approval after construction of a work has commenced may be exercised well after the stage denoted by the phrase “as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken”.

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.

Is the Minister of Fisheries and Oceans bound by the Guidelines Order?

The second issue is whether the learned Motions Judge erred in deciding that *mandamus* would not lie so as to compel the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order. In concluding that *mandamus* would not lie against the Minister, the learned Judge first noted that the application involved an issue of fact properly

3 du Décret sur les lignes directrices exige que le ministre responsable «examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions», en vertu du paragraphe 6(4) de la Loi, le ministre peut «approuver un ouvrage, ainsi que ses plans et son emplacement, après le début de sa construction», et l'approbation a alors «le même effet que si elle avait été donnée avant le début des travaux». Selon le ministre, il y a incompatibilité ou conflit par le fait que ce pouvoir d'accorder une approbation après le début de la construction d'un ouvrage peut être exercé bien après le stade décrit par le membre de phrase «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables».

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.

Le ministre des Pêches et des Océans est-il lié par le Décret sur les lignes directrices?

La deuxième question est celle de savoir si le juge des requêtes s'est trompé en concluant qu'un bref de *mandamus* ne pouvait être délivré pour enjoindre au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices. Lorsqu'il a décidé qu'aucun bref de *mandamus* n'était recevable contre le ministre, le juge de première instance a tout d'abord noté que la demande mettait en jeu une question de fait qui

resolved at a trial, and then added (at pages 270-271):

Section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1985, c. E-10 states the Guidelines Order is for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada in exercising their powers and carrying out their duties and functions. The Guidelines Order itself is addressed to those federal departments which are "initiating departments" in connection with a "proposal". The definitions of these terms require that the federal department have decision making responsibility in relation to a project. Paragraph 6(b) provides that the Guidelines will apply to any proposal that may have an environmental effect on an area of federal responsibility.

I see no reason to conclude that in enacting the Guidelines Order, Parliament had any intention of extending such authority beyond federal agencies. Clearly then, the Minister of Fisheries and Oceans cannot be required to proceed with environmental review because his department has not undertaken a project. In the alternative, if the Guidelines can be seen to extend to those projects initiated provincially, then the use of the word "proposal" must mean that a federal department will bring the Guidelines into play if it in fact receives a proposal requiring its approval. Since the *Fisheries Act* does not contemplate an approval procedure for any permit or licence, referral to environmental review under the Guidelines Order is not required of the Minister. It follows, therefore, that *mandamus* cannot issue to order the Minister of Fisheries and Oceans to proceed with such a review.

Equally important, the same doubts arise here as I expressed in connection with the scope of the Minister of Transport to take into account environmental factors under the NWP. Even if the *Fisheries Act* provided for issuance of a permit or licence, the powers of the Minister to consider factors is limited by the scope of that statute and the *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.(sic) Environmental factors are not raised under either of the statutes and I do not believe there would be any justification for the respondent Minister to involve the Minister of the Environment, nor to trigger the Guidelines Order.

The respondents sought to demonstrate the correctness of these conclusions by reference to certain language found in both the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, and the Guidelines Order. Their submissions were directed at countering the assertion by the appellant that the Guidelines Order when read with sections 35 and 37 of the *Fisheries Act*<sup>11</sup> cast an obligation upon the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the

<sup>11</sup> These sections read:

35. (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

(Continued on next page)

devoir être tranchée dans le cadre d'un procès, pour ensuite ajouter (aux pages 270 et 271):

L'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10 déclare que le Décret sur les lignes directrices est destiné à être utilisé par les ministères et organismes fédéraux dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. Le Décret sur les lignes directrices lui-même s'adresse aux ministères fédéraux qui, à l'égard de certaines «propositions», constituent des «ministères responsables». Les définitions données à ces termes exigent que le ministère fédéral exerce le pouvoir de décision à l'égard du projet concerné. L'alinéa 6b) prévoit que les lignes directrices s'appliqueront aux propositions pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale.

Rien ne me porte à conclure que, lorsqu'il a édicté le Décret sur les lignes directrices, le Parlement avait l'intention d'étendre un tel pouvoir au-delà des organismes fédéraux. Il est donc clair que le ministre des Pêches et des Océans ne peut être obligé à procéder à un examen environnemental parce que son ministère n'a pas entrepris de réaliser un projet. Par contre, dans l'hypothèse où les lignes directrices peuvent être étendues aux projets initiés par les provinces, l'utilisation du mot «proposition» doit signifier qu'un ministère fédéral fera entrer en jeu les lignes directrices s'il reçoit effectivement une proposition exigeant son approbation. Comme la *Loi sur les pêcheries* ne prévoit pas de procédure d'approbation qui serait applicable à un permis ou à une licence, le ministre n'est pas obligé de soumettre le projet à l'étude environnementale prévue sous le régime du Décret sur les lignes directrices. Il s'ensuit donc qu'un bref de *mandamus* ne peut être délivré pour ordonner au ministre des Pêches et des Océans de procéder à un tel examen.

De façon aussi importante, j'éprouve à cet égard les doutes mêmes que j'ai exprimés relativement au pouvoir du ministre des Transports de prendre en considération les facteurs touchant l'environnement sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Même si la *Loi sur les pêcheries* prévoyait la délivrance d'un permis ou d'une licence, les pouvoirs détenus par le ministre relativement à l'examen de certains facteurs sont limités par la portée de cette Loi et de la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), chap. F-15. Les facteurs environnementaux ne sont soulevés ni par l'une ni par l'autre, et je ne crois pas que le ministre intimé soit justifié d'aucune manière de mettre en cause le ministre de l'Environnement ou de déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

Les intimés ont tenté de démontrer le bien-fondé de ces conclusions en faisant référence à certains termes qui se rencontrent à la fois dans la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), chap. F-14 et dans le Décret sur les lignes directrices. Leurs arguments s'opposaient à l'assertion de l'appelante selon laquelle, lus ensemble, le Décret sur les lignes directrices et les articles 35 et 37 de la *Loi sur les pêches*<sup>11</sup> obligent le ministre des Pêches et des

<sup>11</sup> Ces articles sont ainsi libellés:

35. (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.

(Suite à la page suivante)

Guidelines Order. According to the respondents, the Minister was under no duty to do so unless he had before him a "proposal" with respect to which he was the "decision making authority". Such could only be the case in relation to the Oldman River dam project if a person had invoked the Minister's jurisdiction under section 37 by which he may authorize the "alteration, disruption or destruction of fish habitat". As no such request was made to the Minister, no "proposal" came before him for decision and, accordingly, he was not under any legal obligation to comply with the Guidelines Order.

Océans à se conformer au Décret sur les lignes directrices. Selon les intimés, le ministre n'était aucunement tenu de le faire à moins que ne lui ait été soumise une «proposition» à l'égard de laquelle il «exerce le pouvoir de décision». En ce qui concerne le projet de barrage de la rivière Oldman, une telle situation ne pourrait se présenter que si une personne avait invoqué la compétence visée à l'article 37, selon laquelle le ministre peut autoriser un ouvrage qui est de nature à «faire détériorer, perturber ou détruire l'habitat du poisson». Aucune telle demande n'ayant été faite au ministre, aucune «proposition» ne lui a été soumise pour qu'il en décide et, en conséquence, il n'était assujéti à aucune obligation légale de se conformer au Décret sur les lignes directrices.

*(Continued from previous page)*

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

37. (1) Where a person carries on or proposes to carry on any work or undertaking that results or is likely to result in the alteration, disruption or destruction of fish habitat, or in the deposit of a deleterious substance in water frequented by fish or in any place under any conditions where that deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of that deleterious substance may enter any such waters, the person shall, on the request of the Minister or without request in the manner and circumstances prescribed by regulations made under paragraph 3(a), provide the Minister with such plans, specifications, studies, procedures, schedules, analyses, samples or other information relating to the work or undertaking and with such analyses, samples, evaluations, studies or other information relating to the water, place or fish habitat that is or is likely to be affected by the work or undertaking as will enable the Minister to determine

(a) whether the work or undertaking results or is likely to result in any alteration, disruption or destruction of fish habitat that constitutes or would constitute an offence under subsection 40(1) and what measures, if any, would prevent that result or mitigate the effects thereof; or

(b) whether there is or is likely to be a deposit of a deleterious substance by reason of the work or undertaking that constitutes or would constitute an offence under subsection 40(2) and what measures, if any, would prevent that deposit or mitigate the effects thereof.

(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

*(Suite de la page précédente)*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

37. (1) Les personnes qui exploitent ou se proposent d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner soit l'immersion de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons ou leur rejet en quelque autre lieu si le risque existe que la substance nocive en cause, ou toute autre substance nocive provenant de son rejet, pénètre dans ces eaux, soit la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson, doivent, à la demande du ministre—ou de leur propre initiative, dans les cas et de la manière prévus par les règlements d'application pris aux termes de l'alinéa (3)a)—, lui fournir les documents—plans, devis, études, pièces, annexes, programmes, analyses, échantillons—et autres renseignements pertinents, concernant l'ouvrage ou l'entreprise ainsi que les eaux, lieux ou habitats du poisson menacés, qui lui permettront de déterminer, selon le cas:

a) si l'ouvrage ou l'entreprise est de nature à faire détériorer, perturber ou détruire l'habitat du poisson en contravention avec le paragraphe 35(1) et quelles sont les mesures éventuelles à prendre pour prévenir ou limiter les dommages;

b) si l'ouvrage ou l'entreprise est ou non susceptible d'entraîner l'immersion ou le rejet d'une substance en contravention avec l'article 36 et quelles sont les mesures éventuelles à prendre pour prévenir ou limiter les dommages.

(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

*(Continued on next page)*

*(Suite à la page suivante)*

I am unable to agree with this analysis. Although the word "proposal" in its ordinary sense may mean something in the nature of an application, in the Guidelines Order it is a defined word which is used to encompass a scope far broader than its ordinary sense. This definition reads:

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

Plainly, nothing in the nature of an application is required by the words employed in this definition. As I see it, applications or requests for authorizations or approvals are but means of calling a Minister's attention to the existence of an "initiative, undertaking or activity" but they are not the only means. A Minister may become aware of an "initiative, undertaking or activity" in some other way, which I think would include a request on the part of an individual for specific action falling within the Minister's responsibilities under a statute which he is charged with administering on behalf of the Government of Canada. In such circumstances, if any "initiative, undertaking or activity" exists for which the Government of Canada has "a decision making responsibility" a "proposal" also exists.

It is also clear that the "initiative, undertaking or activity" must come within one of the categories set out in section 6 of the Guidelines Order. If it does, then it becomes the responsibility of every "initiating department" "for which it is the decision making authority" to deal with it as a "proposal" in accordance with subsection 10(1) by

*(Continued from previous page)*

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.

Je suis incapable de souscrire à cette analyse. Bien que, dans son acception courante, le terme «proposition» puisse impliquer un genre de demande, dans le Décret sur les lignes directrices ce mot est un terme défini dont la portée est beaucoup plus large que sa portée courante. Cette définition est ainsi libellée:

«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.

Manifestement, les termes utilisés dans cette définition n'exigent en rien qu'il y ait une sorte de demande. À mon point de vue, les demandes ou les requêtes sollicitant des autorisations ou des approbations ne sont que des moyens, parmi d'autres, d'attirer l'attention du ministre sur l'existence d'une «entreprise ou activité». Un ministre peut être mis au courant de l'existence d'une «entreprise ou activité» par d'autre moyens, au nombre desquels figure, à mon sens, une démarche d'un particulier sollicitant des mesures spécifiques ressortissant aux responsabilités du ministre aux termes d'une loi qu'il est chargé d'appliquer pour le compte du gouvernement du Canada. Dans de telles circonstances, s'il existe une «entreprise ou activité» à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada exerce «le pouvoir de décision», il existe également une «proposition».

Il est également évident que l'«entreprise ou activité» concernée doit tomber sous le coup d'une des catégories énumérées à l'article 6 du Décret sur les lignes directrices. Lorsque tel est le cas, il incombe à tout «ministère responsable» exerçant à son égard le pouvoir de décision de la traiter comme une «proposition» conformément au para-

*(Suite de la page précédente)*

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.

subjecting it "to an environmental screening or initial assessment".

The crucial questions, therefore, are whether the Minister was here faced with a "proposal" "that may have an environmental effect on an area of federal responsibility" for which he was "the decision making authority".

As for the first, the record is clear that the Minister was obviously aware of the dam and reservoir project and of its possible adverse impact upon the fisheries in the Oldman River. That is apparent from the "Comments on the Oldman River Dam Proposal" of February 24, 1987 prepared by his department, and from his letter of August 25, 1987 in which he advised of his decision not to intervene "to remedy the potential problems posed to the fisheries resources". In my opinion the alteration, disruption or destruction of fish habitat by the project fell within an area of federal responsibility and was an "initiative, undertaking or activity" within the sense of the defined word "proposal" in section 2 of the Guidelines Order.

It remains, however, to determine whether in the circumstances the "proposal" triggered an obligation on the Minister to comply with the Guidelines Order. The respondents' argument that it did not is based upon a textual reading of sections 35 and 37 of the *Fisheries Act* by which it is recognized that the Minister may authorize interference with fish habitat in certain circumstances. The essence of the argument is that nothing in the record shows that the Minister was ever faced with deciding whether or not to grant such an authorization and therefore that neither he nor his department was, in the circumstances, a "decision making authority" for a "proposal" which "may have an effect upon an area of federal responsibility", i.e. fisheries. Had the Minister determined to make a "request" under subsection 37(1) he would ultimately have had to decide whether or not to authorize such interference and accordingly would

graphe 10(1) en soumettant ses incidences environnementales «à un examen préalable ou à une évaluation initiale».

Les questions cruciales consistent donc à savoir si, en l'espèce, le ministre se trouvait en présence d'une «proposition» «pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale» à l'égard de laquelle il «exerce le pouvoir de décision».

En ce qui concerne la première question, le dossier établit clairement que, de façon évidente, le ministre était au courant du projet de barrage et de réservoir ainsi que des incidences néfastes que ces ouvrages risquaient d'avoir sur les pêcheries de la rivière Oldman. Cette conclusion ressort nettement du document «Commentaires sur le projet de barrage de la rivière Oldman», daté du 24 février 1987 et préparé par son ministère, ainsi que de la lettre du 25 août 1987 dans laquelle le ministre annonçait sa décision de ne pas intervenir pour [TRADUCTION] «remédier aux problèmes que ce projet risque d'engendrer pour les ressources halieutiques». Selon moi, la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson par le projet était une question de compétence fédérale et constituait une «entreprise ou activité» au sens de la définition du terme «proposition» de l'article 2 du Décret sur les lignes directrices.

Il reste toutefois à déterminer si, dans les circonstances, la «proposition» a déclenché une obligation pour le ministre de se conformer au Décret sur les lignes directrices. La prétention des intimés qu'elle ne l'a pas fait est fondée sur une interprétation littérale des articles 35 et 37 de la *Loi sur les pêches*, qui reconnaissent au ministre le pouvoir d'autoriser une modification de l'habitat du poisson dans certaines circonstances. Ce que dit essentiellement cet argument, c'est que rien dans le dossier n'établit que le ministre ait jamais eu à décider si une telle autorisation devait être accordée, de sorte que ni le ministre, ni son ministère, dans les circonstances, n'exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une «proposition» «pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale»—c.-à-d. les pêcheries. Dans l'hypothèse où le ministre aurait décidé de faire une «demande» conformément au paragraphe 37(1), il aurait ultimement eu à décider s'il autorisait ou non une telle modification, et

have had to comply with the Guidelines Order but not otherwise.<sup>12</sup>

I cannot agree with these submissions. The Minister was specifically requested in early August, 1987 to intervene with a view to protecting the fisheries resources in the Oldman River in the context of the dam and reservoir construction project which, as I have said, was an “initiative, undertaking or activity” falling under the “proposal” definition of the Guidelines Order. Plainly, the protection of the fish habitat and fisheries fall within the responsibilities of the Minister and his department under the *Fisheries Act*. The letter of August, 1987, in effect, required of the Minister fulfilment of his responsibilities to protect such fish habitat and resources in the Oldman River, which protection is recognized under sections 35 and 37 of the *Fisheries Act*, and rendered him the “decision making authority” for determining what action would be taken in relation thereto. It was open to the Minister to decide either not to intervene or to make a “request” of the dam proponent and proceed under section 37, and decide he did. In so doing, the Minister fell under the obligations of an “initiating department” as the “decision making authority” for an “initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility” “that may have an environmental effect on an area of federal responsibility”. The fact that the Minister declined to take action pursuant to the *Fisheries Act* did not absolve him of his responsibility to comply with the Guidelines Order.

As I read the Guidelines Order, the jurisdiction and responsibilities of the Minister of Fisheries and Oceans was also engaged by reason of the approval application made to the Minister of Transport under the *Navigable Waters Protection Act*. Several sections of the Guidelines Order seem clearly to point in that direction. Section 3 requires that the initiating department “as early in the

<sup>12</sup> No regulations have been adopted whereby the Minister may act “without request”.

il aurait dû se conformer au Décret sur les lignes directrices; dans l’hypothèse contraire, il n’était pas tenu de le faire<sup>12</sup>.

a Je ne puis accepter ces prétentions. Au début d’août 1987, il a été expressément demandé au ministre d’intervenir dans le but de protéger les ressources halieutiques de la rivière Oldman dans le contexte du projet de construction du barrage et du réservoir, un projet qui, comme je l’ai déjà dit, constituait une «entreprise ou activité» visée par la définition du terme «proposition» du Décret sur les lignes directrices. La protection de l’habitat du poisson et des pêcheries ressortissent manifestement à la compétence exercée par le ministre et par son ministère sous le régime de la *Loi sur les pêches*. La lettre d’août 1987 demandait en fait au ministre de s’acquitter de sa responsabilité de protéger cet habitat du poisson et ces ressources halieutiques de la rivière Oldman, une responsabilité qui est reconnue par les articles 35 et 37 de la *Loi sur les pêches*; en raison de cette lettre, le ministre est devenu celui qui «exerce le pouvoir de décision» en ce qui concerne les mesures à prendre à cet égard. Le ministre pouvait choisir soit de ne pas intervenir, soit de faire une «demande» au promoteur du barrage en procédant sous le régime de l’article 37. Cette décision, il l’a effectivement prise. Ce faisant, le ministre est tombé sous le coup des obligations d’un «ministère responsable» en devenant celui qui «exerce le pouvoir de décision» relativement à une «entreprise ou activité à l’égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions» «pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale». Le refus du ministre de prendre des mesures sous le régime de la *Loi sur les pêches* ne l’a pas soustrait à son obligation de se conformer au Décret sur les lignes directrices.

h Selon mon interprétation du Décret sur les lignes directrices, la compétence et la responsabilité du ministre des Pêches et des Océans ont également été déclenchées par la demande d’approbation présentée au ministre des Transports en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Plusieurs articles du Décret sur les lignes directrices semblent militer clairement en faveur

<sup>12</sup> Aucune disposition n’a été adoptée pour permettre au ministre d’agir [TRADUCTION] «sans qu’on ne lui en ait fait la demande».

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"; section 6 renders the Guidelines Order applicable "to any proposal . . . that may have an environmental effect on an area of federal responsibility"; while section 19 requires that "every department that has specialist knowledge or responsibilities relevant to a proposal . . . as appropriate", "advocate the protection of the interest for which it is responsible". Then, at the end of the public review process, the report of the Environmental Assessment Panel must contain "conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers" which I interpret as referring to every Minister in charge of an area of federal responsibility to the extent the area is environmentally affected by a proposal. After that, the provisions of paragraphs 33(1)(c) and (d) would appear to apply both in respect of the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans:

33. (1) It is the responsibility of the initiating department in a public review to

(c) subject to subsection (2), decide, in cooperation with any other department, agency or board of the Government of Canada to whom the recommendations of a Panel are directed, the extent to which the recommendations should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) subject to subsection (2), ensure, in cooperation with other bodies concerned with the proposal, that any decisions made by the appropriate Ministers as a result of the conclusions and recommendations reached by a Panel from the public review of a proposal are incorporated into the design, construction and operation of that proposal and that suitable implementation, inspection and environmental monitoring programs are established;<sup>13</sup>

<sup>13</sup> The provisions of paragraphs 33(1)(c) and (d) are subject to subsection 33(2) requiring their amendment "to account for and not to interfere with" the decision of the initiating department which "has a regulatory function in respect of the proposal". If it could be said that the Department of Transport had such a function, it has not been demonstrated that the responsibilities set out in paragraphs (1)(c) and (d) would interfere with that function.

d'une telle interprétation. L'article 3 exige que le ministère responsable «examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision»; l'article 6 rend le Décret sur les lignes directrices applicable «aux propositions . . . pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale»; en même temps, l'article 19 déclare que «tout ministère à vocation spécialisée ou ayant des responsabilités [liées] à une proposition donnée» doit, «au besoin, . . . proposer des mesures de protection pour les ressources renouvelables dont il a la responsabilité». Plus tard, une fois l'examen public terminé, la commission d'évaluation environnementale doit rédiger un rapport contenant les «conclusions et les recommandations qu'elle adresse aux ministres responsables», une expression qui, à mon sens, désigne tout ministre chargé d'une question de compétence fédérale à l'égard de laquelle une proposition aura des incidences environnementales. Subséquemment, les dispositions des alinéas 33(1)c) et d) sembleraient s'appliquer à la fois en ce qui concerne le ministre des Transports et en ce qui concerne le ministre des Pêches et des Océans:

33. (1) Lors d'un examen public, il incombe au ministère responsable:

c) sous réserve du paragraphe (2), de décider, en collaboration avec d'autres ministères, commissions ou organismes fédéraux visés par les recommandations de la commission, de la mesure dans laquelle ces recommandations devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) sous réserve du paragraphe (2), s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes responsables, que les décisions prises par les ministres responsables à la lumière des conclusions et des recommandations qu'a formulées une commission à la suite de l'examen public d'une proposition, sont prises en considération dans la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition et que des programmes appropriés de mise en œuvre, d'inspection et de surveillance environnementale sont établis;<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Les dispositions des alinéas 33(1)c) et d) sont assujetties au paragraphe 33(2); selon celui-ci, lorsque le ministère responsable «a un rôle de réglementation à l'égard de la proposition», ces dispositions doivent être modifiées «de façon à tenir compte des décisions de ce ministère et à ne pas y nuire». Si le ministère des Transports pouvait être considéré comme exerçant un tel rôle, il n'a pas été établi que les responsabilités énumérées aux alinéas (1)c) et (1)d) nuiraient à son exercice.

Read together, these provisions suggest that any possible adverse impacts upon the fish habitat and fish resources in the Oldman River had to be subjected to the Guidelines Order procedures prior to granting the approval, and that the Minister of Fisheries and Oceans as the Minister responsible for the protection of fish habitat and fisheries resources in the Oldman River was required to play his full part under the Guidelines Order. It then remained for the Minister of the "initiating department", Transport, to grant or refuse the approval at the end of this review process.

### Interfering with Discretion

The third issue is whether the learned Motions Judge erred in the manner he exercised his discretion. It seems obvious that he here assumed, despite his earlier findings, that the Guidelines Order bound both the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans but that the circumstances militated against granting the discretionary relief sought. His reasons for so deciding appear at pages 273-274 of his Reasons for Order:

Finally, on the issue of the discretionary nature of the relief sought, I turn to the history of this project and the question of delay. Approval under the NWPA was granted on September 18, 1987 following the publication in August 1986 of public notices that Alberta's request for approval was under consideration. No steps were taken to quash the approval and to compel the application of the Guidelines Order until this notice of motion was filed on April 21, 1989. By that date the Oldman River project was approximately 40% complete. I would also note that even though the Society was not formed, many of the members were individually aware of and opposed to the project from the early 1970's. The applicant was further aware of the position taken by the Minister of Fisheries and Oceans in August, 1987 that he did not intend to intervene in the project. There is no justification for allowing all of this activity to take place before launching the present attack. It would be, in my opinion, entirely inappropriate to grant the relief sought at this time.

Nor can I ignore the extent and comprehensive nature of environmental review carried out by the Province of Alberta. I

Interprétées ensemble, ces dispositions suggèrent que toute incidence risquant d'être néfaste pour l'habitat du poisson et les ressources en poisson de la rivière Oldman devait être assujettie aux procédures prévues au Décret sur les lignes directrices avant qu'une approbation ne soit accordée; elles veulent également que, en qualité de ministre responsable de la protection de l'habitat du poisson et des ressources halieutiques de la rivière Oldman, le ministre des Pêches et des Océans ait été tenu de jouer pleinement le rôle que lui assignait le Décret sur les lignes directrices. Il revenait ensuite au ministre du «ministère responsable», celui des Transports, d'accorder ou de refuser l'approbation au terme de ce processus d'examen.

### La modification d'une décision prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

La troisième question soulevée est celle de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur dans la façon dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire. Il semble évident que, malgré ses conclusions antérieures, il a ici tenu pour acquis que le Décret sur les lignes directrices liait à la fois le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans, pour parvenir à la décision que les circonstances de l'espèce militaient contre l'octroi de la réparation discrétionnaire sollicitée. Les motifs de cette conclusion figurent aux pages 273 et 274 de ses motifs d'ordonnance:

Je traiterai finalement du caractère discrétionnaire du redressement recherché. Dans le cadre de cette démarche, j'examinerai l'historique du présent projet et la question du retard. L'approbation prévue à la *Loi sur la protection des eaux navigables* a été accordée le 18 septembre 1987 à la suite de la publication, en août 1986, des avis publics annonçant que l'examen de la demande d'approbation de l'Alberta était en cours. Aucune mesure n'a été prise pour annuler cette approbation et pour faire ordonner l'application du Décret sur les lignes directrices jusqu'à ce que le présent avis de requête soit déposé le 21 avril 1989. À cette date, le projet de la rivière Oldman était déjà complété à environ 40%. Je noterais également que, même si l'association intimée n'était pas constituée, un grand nombre de ses membres étaient au courant de l'existence du projet et s'y étaient individuellement opposés depuis le début des années 1970. La requérante connaissait également la position de non-intervention adoptée par le ministre des Pêches et des Océans à l'égard du projet en août 1987. Rien ne justifie la requérante d'avoir permis le déroulement de toutes ces activités avant d'entamer la présente contestation. À mon sens, il serait entièrement inapproprié pour nous d'accorder maintenant le redressement sollicité.

Je ne puis non plus omettre de tenir compte de l'étendue et du caractère exhaustif de l'examen des incidences environne-

am satisfied that the public review process carried out here has identified every possible area of environmental social concern and has given every citizen, including the members of the applicant organization, ample opportunity to voice their views and to mobilize their opposition. The exercise of discretion in favour of the relief sought would, in my opinion, bring about needless repetition of a process which has been exhaustively canvassed over the past twenty years.

The respondents submit that it would be wrong for this Court, sitting in appeal, to interfere with this exercise of discretion because the learned Motions Judge acted reasonably by basing his refusal on delay and duplication. That it was within the discretion of the Judge below to grant or refuse that relief seems well established on high authority, and was expressed in this way by Lord Chelmsford in *Reg. v. All Saints, Wigan (Churchwardens of)* (1875-76), 1 App. Cas. 611 (H.L.), at page 620:

Now there appears to me, to have been some little confusion upon this subject, which can easily be removed. A writ of mandamus is a prerogative writ and not a writ of right, and it is in this sense in the discretion of the Court whether it shall be granted or not. The Court may refuse to grant the writ not only upon the merits, but upon some delay, or other matter, personal to the party applying for it; in this the Court exercises a discretion which cannot be questioned. So in cases where the right, in respect of which a rule for a mandamus has been granted, upon shewing cause appears to be doubtful, the Court frequently grants a mandamus in order that the right may be tried upon the return; this also is a matter of discretion.

See also *Rodd v. County of Essex* (1910), 44 S.C.R. 137, at page 143.

As a general rule, an appellate court will not interfere with the exercise of a discretion by a trial judge unless the judge has proceeded upon some erroneous principle, or some misapprehension of the facts, or where the order is not just and reasonable. Certain of the authorities on the point are collected by Thurlow C.J. in *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.), at pages 723-725. In my opinion, however, the Motions Judge did err in a way which clearly justifies interference with his discretion. Whatever might be said about his treatment of the

mentales effectué par la province d'Alberta. Je suis convaincu que le processus d'examen public qui s'est déroulé en l'espèce 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. À mon sens, si le pouvoir discrétionnaire du tribunal était exercé de façon à accorder le redressement recherché, il y aurait répétition inutile d'une procédure qui a fait l'objet d'un examen minutieux et complet au cours des vingt dernières années.

Les intimés soutiennent que notre Cour ne serait pas justifiée de modifier en appel la décision prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en cause, le juge des requêtes ayant agi de façon raisonnable en fondant son refus sur le retard et le double emploi. Qu'il entrât dans la compétence du juge de première instance d'accorder ou de refuser cette réparation semble avoir été bien établi par de hautes instances. Dans l'arrêt *Reg. v. All Saints, Wigan (Churchwardens of)* (1875-76), 1 App. Cas. 611 (H.L.), lord Chelmsford a énoncé ce principe de la façon suivante à la page 620:

[TRADUCTION] Maintenant, cette question me semble avoir donné lieu à une légère confusion, qui peut être facilement dissipée. Un bref de mandamus est une ordonnance de prérogative et non une ordonnance de plein droit; dans ce sens, la décision de l'accorder ou non appartient à la Cour et est discrétionnaire. Ce n'est pas seulement en appréciant le bien-fondé de la demande que la Cour peut refuser d'accorder un tel bref; elle est également en droit de le faire en raison d'un retard, ou pour un autre motif, qui serait personnel à la partie sollicitant le bref. En cela, la Cour rend une décision discrétionnaire qui ne peut être remise en question. En conséquence, dans les affaires où le droit à l'égard duquel une ordonnance de mandamus a été accordée apparaît douteux à la présentation des arguments s'opposant à une telle décision [«upon shewing cause»], la Cour accorde fréquemment un bref de mandamus afin que le droit visé puisse être jugé après le rapport de celui-ci; il s'agit, là encore, d'une décision discrétionnaire.

Voir également l'arrêt *Rodd v. County of Essex* (1910), 44 R.C.S. 137, à la page 143.

En règle générale, une cour d'appel ne modifiera une décision rendue par un juge de première instance dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que si ce juge 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. Certaines des décisions faisant autorité sur ce point sont énumérées par le juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.), aux pages 723 à 725. À mon sens, toutefois, le juge de première instance a commis un type d'erreur justi-

question of delay on the part of the appellant in launching the proceedings in the Trial Division (which I am not persuaded is well-founded in principle),<sup>14</sup> it seems clear that his decision was also based upon what he considered to be a duplication of the environmental review process for, as he put it, compliance with the Guidelines Order would “bring about a needless repetition of a process which has been exhaustively canvassed over the past twenty years”.

As the voluminous record before us clearly demonstrates, much detailed work and study has been done by or on behalf of Alberta as well as by others, in examining the environmental impacts of the dam project upon the Oldman River fisheries and otherwise. Counsel for Alberta offered a comparative analysis of each step taken in carrying out these studies and the assessment and review examination required by the Guidelines Order, but I must agree with counsel for the appellant that this comparison falls down in at least two crucial respects. The Guidelines Order, unlike the provincial regime, was plainly drafted to allow for the expressing of public concern and the availability of a full opportunity for the public to participate in the environmental assessment and review process. Although public input was received in the course of the provincially based studies mentioned above, the laws under which they were carried out place much less emphasis on the role of the public in addressing the environmental implications than

<sup>14</sup> The record seems to amply explain the delay. The appellant did not come into existence until September, 1987 and, as noted *supra*, it did not become aware that the Approval had been granted until some two months before the proceedings were actually launched. In the meantime, it had sought unsuccessfully to attack the provincial licence permitting construction of the dam and secured legal advice as to whether the federal Ministers were bound by the Guidelines Order. The decision of the Trial Division in *Canadian Wildlife*, *supra*, finding that the Order was binding upon the Minister of the Environment (Canada), was handed down in early April, 1989, only a few days before the Trial Division proceedings were commenced.

fiant clairement notre Cour de faire obstacle à sa décision discrétionnaire. Abstraction faite de sa conclusion selon laquelle l'appelante s'y serait prise trop tard pour intenter ses procédures devant la Section de première instance (une conclusion dont je doute qu'elle soit bien fondée dans son principe<sup>14</sup>), il semble clair que la décision du juge découlait également de sa conclusion qu'il y avait doublement du processus de l'examen environnemental au motif que, pour employer ses propres termes, se conformer au Décret sur les lignes directrices entraînerait «une répétition inutile d'une procédure qui a fait l'objet d'un examen minutieux et complet au cours des vingt dernières années».

Comme le volumineux dossier qui nous est soumis l'établit clairement, des études et des travaux importants et détaillés ont été effectués par l'Alberta ou pour son compte, comme par d'autres intéressés, lors de l'examen des différentes incidences environnementales du projet de barrage, notamment celles visant les pêcheries de la rivière Oldman. L'avocat de l'Alberta a présenté une analyse comparant chacune des démarches effectuées pour ces études à celles du processus d'examen et d'évaluation exigé par le Décret sur les lignes directrices; cependant, comme l'avocat de l'appelante, je dois conclure que cette comparaison échoue au moins sous deux aspects cruciaux. Contrairement au régime provincial, le Décret sur les lignes directrices a été clairement rédigé pour permettre l'expression des préoccupations du public et offrir à la population toutes les occasions voulues de participer au processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. Bien que des informations et des préoccupations aient été com-

<sup>14</sup> Le dossier semble expliquer amplement le retard. L'appelante n'a pas été constituée avant septembre 1987 et, comme il est noté plus haut, elle n'a eu connaissance de la décision d'accorder l'approbation qu'environ deux mois avant que les procédures ne soient réellement entamées. Entretemps, elle avait tenté sans succès de contester le permis provincial autorisant la construction du barrage, et elle avait obtenu une opinion juridique sur la question de savoir si les ministres fédéraux étaient liés par le Décret sur les lignes directrices. La décision de la Section de première instance qui a conclu, dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune, Inc.*, susmentionnée, que l'ordonnance liait le ministre de l'Environnement du Canada, a été déposée au début d'avril 1989, quelques jours seulement avant le commencement des procédures devant la Section de première instance.

does the Guidelines Order.<sup>15</sup> Secondly, nothing in those laws guarantees the independence of the review panel in any discernible measure,<sup>16</sup> and certainly not in a measure quite like that provided for in section 22 of the Guidelines Order. The idea of an opportunity for the public to voice environmental concerns before an independent panel is, of course, central to the working of the federal scheme, which was recently described by Muldoon J. in the Trial Division in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (Court File No. T-2102-89, December 28, 1989), at page 10 of his reasons for order:

mendations—formulated through and after an utterly public and mandatorily fair process—for decisions by the appropriate Ministers, and transmit that report to the Minister who, in this instance, is also the Minister responsible for the “initiating department”. Guideline 32 continues and ends with the command to the Minister to make the Panel’s report available to the public. This is the great strength of this legislative scheme. It balances the information, knowledge and ultimately the opinion of the public, against the authority of the Minister and the government of the day who may, for what they believe to be high purposes of State, quite ignore the Panel’s recommendations. They may, equally of course, adopt or adapt the Panel’s recommendations in order to save both the environment and the project, as they see fit and feasible.

<sup>15</sup> See e.g. paragraph 4(b), and sections 13, 15, 28, 29 and 30 of the Guidelines Order.

<sup>16</sup> The legal bases under the laws of Alberta of the Technical Advisory Committee, the Management Committee and the Local Advisory Committee was not established before us, though they probably derive from the powers of the Minister of the Environment (Alberta) under the *Department of the Environment Act*, R.S.A. 1980, c. D-19. It is noted, however, that several of the non-governmental members of the last two committees might have had a lesser degree of independence than that required by the Guidelines Order because, being ranchers and farmers, the creation of this new water resource might enure to their benefit. Nothing in the *Environmental Council Act* expressly requires that a panel selected pursuant to its terms be independent in the ways required by the Guidelines Order.

muniquées par le public dans le cadre des études menées sous le régime provincial, les lois en vertu desquelles ces études ont été réalisées mettent beaucoup moins l’accent sur le rôle du public face aux répercussions environnementales que ne le fait le Décret sur les lignes directrices<sup>15</sup>. Deuxièmement, rien dans ces lois ne garantit une mesure perceptible d’indépendance des commissions d’examen<sup>16</sup> ou, certainement, n’assure de leur part une indépendance aussi grande que celle prévue à l’article 22 du Décret sur les lignes directrices. L’idée d’accorder au public la possibilité d’exprimer ses préoccupations environnementales devant une commission indépendante est évidemment au centre du mécanisme établi par les dispositions fédérales, que le juge Muldoon a récemment décrit pour la Section de première instance dans l’arrêt *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement)* (N° de greffe T-2102-89, le 28 décembre 1989), à la page 10 de ses motifs d’ordonnance:

[TRADUCTION] À la fin de son travail, la commission d’évaluation de l’environnement doit rédiger un rapport énonçant ses conclusions et les recommandations—formulées pendant et après un processus entièrement public et obligatoirement équitable—qu’elle adresse aux ministres responsables, et elle doit faire parvenir ce rapport au ministre, qui, en l’espèce, est également le ministre chargé du «ministère responsable». La ligne directrice 32 poursuit, et prend fin, en ordonnant au ministre de rendre public le rapport de la commission. Là réside la grande force du mécanisme prévu par ces dispositions législatives. Il oppose les forces respectives, d’une part, de l’information, des connaissances et, ultimement, de l’opinion du public, et, d’autre part, du pouvoir du ministre et du gouvernement en place, qui peuvent, à la lumière de leur conception des hautes fins de l’État, écarter de façon assez nette les recommandations de la commission. Évidemment, ils peuvent aussi adopter ou adapter les recommandations de la commission de façon à

<sup>15</sup> Voir, par exemple, l’alinéa 4b) et les articles 13, 15, 28, 29 et 30 du Décret sur les lignes directrices.

<sup>16</sup> Les assises juridiques que la loi albertaine fournissait au Comité consultatif technique, au Comité de gestion et au Comité consultatif local n’ont pas été établies devant notre Cour, bien qu’elles découlent probablement des pouvoirs conférés au ministre de l’Environnement de l’Alberta sous le régime de la *Department of the Environment Act*, R.S.A. 1980, chap. D-19. Il est toutefois noté que plusieurs des membres de ces deux derniers comités non gouvernementaux auraient pu avoir un degré d’indépendance moindre que celui exigé par le Décret sur les lignes directrices: en qualité d’exploitants de ranchs et de fermiers, la constitution des nouvelles ressources en eau pouvaient leur être avantageuse. Rien dans la *Environmental Council Act* n’exige expressément qu’une commission constituée en vertu de ses dispositions remplisse, en ce qui concerne l’indépendance de ses membres, les mêmes conditions que les commissions visées au Décret sur les lignes directrices.

At the end of its work, the Environmental Assessment Panel must prepare a report containing its conclusions and recom-

#### THE PROVINCIAL CROWN

Two questions need be discussed at this point, namely, the jurisdiction of the Court over Her Majesty in right of Alberta as a party respondent and, secondly, whether that party is immune from the provisions of the *Navigable Waters Protection Act*.

#### Jurisdiction

This issue was raised before us but not in the Court below, and derives from the decision of the Trial Division of November 30, 1989 in the *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [[1990] 1 F.C. 595 (T.D.)], matter. It was there held the Court lacked jurisdiction over one of the respondents because, as a body constituted and established by the laws of Saskatchewan, it was not a "federal board, commission or other tribunal" as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. The question here is whether Her Majesty the Queen in right of Alberta is to be similarly viewed and, accordingly, whether we should find that the Court is without jurisdiction over this party.

It seems to me that the point was settled by this Court in *Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] F.C. 382, which I interpret as holding that any person who might be adversely affected by an order such as the one here sought may be joined as a party to the proceeding "so that it can pursue whatever remedy may be open to it by way of appeal therefrom". In my opinion, the party in question is properly before us as a party respondent.

#### Crown immunity

Finally, the submission is made that Her Majesty in right of Alberta is immune from the approval requirements of the *Navigable Waters Protection Act*, a contention which apparently explains the action of the Minister of the Environment (Alberta) of June 9, 1989 in returning the approval to the

sauvegarder à la fois l'environnement et le projet, selon qu'ils l'estiment approprié et réalisable.

#### LA COURONNE PROVINCIALE

*a* Deux questions doivent maintenant être discutées: celle de savoir si la Cour est compétente à l'égard de Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta en qualité d'intimée; et, en second lieu, celle de savoir si cette partie est à l'abri des dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

#### La compétence

*c* Cette question a été soulevée devant notre Cour sans l'avoir été devant la Section de première instance. Elle découle de la décision prononcée par la Section de première instance le 30 novembre 1989 dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [[1990] 1 C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.)]. Il y a été conclu que la Cour n'était pas compétente à l'égard d'un des intimés parce que, en qualité d'organisme constitué et établi par les lois de la Saskatchewan, il ne constituait pas un «office fédéral» au sens de la définition de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La question en l'espèce consiste à savoir si Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta doit être considérée de la même façon, et si, en conséquence, nous devrions conclure que notre Cour est sans compétence en ce qui concerne cette partie.

*e* Ce point me semble avoir été réglé par cette Cour dans l'arrêt *Adidas (Can.) Ltd. c. Skoro Enterprises Ltd.*, [1971] C.F. 382, que j'interprète comme concluant que toute personne à qui une ordonnance comme celle demandée en l'espèce risque d'être défavorable peut être jointe comme partie à l'instance «de manière à lui permettre d'obtenir toute réparation pouvant s'offrir à elle par voie d'appel de cette ordonnance». À mon avis, Sa Majesté du chef de l'Alberta comparait régulièrement devant notre Cour en qualité de partie intimée.

#### *i* L'immunité de la Couronne

*j* Finalement, il est soutenu que Sa Majesté du chef de l'Alberta est soustraite aux exigences d'approbation édictées par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cette prétention explique apparemment le fait que, le 9 juin 1989, le ministre de l'Environnement de l'Alberta a renvoyé l'approba-

Department of Transport and requesting that it be cancelled. That request was denied. Naturally, counsel for the federal ministers resists the submission.

The argument places reliance upon the tests laid down by Chief Justice Dickson in *Alberta Government Telephone v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at page 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 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.

It is contended that none of these tests is satisfied.

The *Navigable Waters Protection Act* does not contain words expressly binding the provincial Crown. I am persuaded, nonetheless, that when the provisions of this Act are read in the context of other textual provisions an intention to bind the provincial Crown is revealed. For example, the provincial Crown is by section 4<sup>17</sup> expressly taken out of the application of the statute only to the extent that a work is authorized under an Act of the legislature "passed before the province became" part of Canada. This surely manifests an intention that the provincial Crown is otherwise bound by the statute.

<sup>17</sup> 4. Except the provisions of this Part that relate to rebuilding, repairing or altering any lawful work, nothing in this Part applies to any work constructed under the authority of an Act of Parliament or of the legislature of the former Province of Canada, or of the legislature of any province now forming part of Canada passed before that province became a part thereof.

tion au ministère des Transports en demandant son annulation—qui a été refusée. L'avocat des ministres fédéraux conteste évidemment une telle prétention.

<sup>a</sup> L'argument présenté se fonde sur les critères établis par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephone c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, à la page 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 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 ressorte 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.

Il est soutenu qu'aucun de ces critères n'est satisfait.

<sup>f</sup> La *Loi sur la protection des eaux navigables* ne comporte pas de termes liant expressément la Couronne provinciale. Je suis néanmoins convaincu que l'examen des dispositions textuelles de cette <sup>g</sup> Loi dans le contexte d'autres dispositions textuelles permet de constater une intention de lier la Couronne provinciale. Par exemple, aux termes de l'article 4<sup>17</sup>, la Couronne provinciale n'est expressément soustraite à l'application de la Loi que dans <sup>h</sup> la mesure où un ouvrage est autorisé en vertu d'une loi d'une législature provinciale «adoptée avant que la province devienne partie du Canada». Cette disposition révèle certainement une intention du législateur que la Couronne provinciale soit par <sup>i</sup> ailleurs liée par la Loi.

<sup>17</sup> 4. Sauf les dispositions qui ont trait à la reconstruction, à la réparation ou à la modification d'un ouvrage légalement construit, la présente partie ne s'applique pas à un ouvrage construit sous l'autorité d'une loi fédérale, d'une loi de la législature de l'ancienne province du Canada ou d'une loi d'une législature provinciale adoptée avant que la province devienne partie du Canada.

Mr. Crane further contends that the purpose of the statute would be wholly frustrated if government were not bound, it being notorious that many obstructions placed in navigable waters (e.g. wharves, docks, piers, jetties, etc.) are constructed by or at the instance of government, federal or provincial. I accept this to be so, and agree with the burden of his submission that to hold the Crown exempt from the approval requirements of the Act could result in navigable waters being rendered unsafe contrary to its true intent and spirit.

#### DISPOSITION

In the result, I would allow this appeal with costs both here and in the Trial Division, and would grant the appellant

(a) an order in the nature of *certiorari* quashing the approval of September 18, 1987 issued by the Minister of Transport to the Alberta Department of the Environment for permission to carry out works in relation to construction of a dam on Oldman River in the Province of Alberta pursuant to the *Navigable Waters Protection Act*;

(b) an order in the nature of *mandamus* directing the Minister of Transport to comply with the Guidelines Order;

(c) an order in the nature of *mandamus* directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order.

HEALD J.A.: I concur.

URIE J.A.: I agree.

M. Crane soutient également que la Loi manqueraient entièrement d'atteindre son but si ses dispositions ne liaient pas le gouvernement, puisqu'il est notoire qu'un grand nombre d'ouvrages obstruant des eaux navigables (par exemple, des quais, des docks, des jetées) sont construits par le gouvernement, fédéral ou provincial, ou à sa demande. J'accepte cette prétention, et je fais mienne la substance de son affirmation, selon laquelle une conclusion que la Couronne est exemptée des exigences d'approbation posées par la Loi pourrait rendre les eaux navigables dangereuses, contrairement à l'esprit véritable de la Loi et à l'intention ayant présidé à son adoption.

#### DÉCISION

Je déciderais donc d'accorder le présent appel avec dépens à la fois devant cette Cour et devant la Section de première instance, et j'accorderais à l'appelante

(a) un bref de *certiorari* annulant l'approbation en date du 18 septembre 1987 délivrée par le ministre des Transports au ministre de l'Environnement de l'Alberta pour autoriser l'exécution des travaux relatifs à la construction d'un barrage sur la rivière Oldman dans la province d'Alberta sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*;

(b) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Transports de se conformer au Décret sur les lignes directrices;

(c) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE URIE, J.C.A.: Je suis d'accord.