

T-450-90

T-450-90

**Naskapi-Montagnais Innu Association (Applicant)**

v.

**Minister of National Defence (Respondent)***INDEXED AS: NASKAPI-MONTAGNAIS INNU ASSN. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, April 3, 4 and 5; Ottawa, April 12, 1990.

*Environment — Low level flying manoeuvres conducted by NATO Air Forces over Labrador and Quebec — Substantially increasing in number since begun in 1976 — Issue of impact of flights and establishment of proposed Tactical Fighter Weapons Training Centre referred by Minister of National Defence to Environmental Assessment Panel — Nothing in EARP Guidelines Order imposing duty upon initiating department to suspend project until completion of environmental review process — Only public opinion can ensure environmentally responsible decisions — Factors militating against grant of discretionary relief sought.*

*Armed forces — Application by organization representing aboriginal people for orders quashing decision to permit three NATO countries to use Goose Bay air base, airspace and practice target areas in Canada and preventing Minister of National Defence from approving of possible NATO decision to establish Fighter Weapons Training Centre at Goose Bay — Applicant seeking mandatory stop orders pending completion of environmental assessment process — Low level flying exercises held annually at Goose Bay since 1976 — Number of sorties steadily increasing from 500 to 7,021 — Granting application would have adverse effect on Goose Bay community which exists solely to support NATO low level flying training — Aborigines little prejudiced by denial of order.*

*Native peoples — Application to prevent Minister of National Defence from agreeing to establishment of NATO Fighter Weapons Training Centre at Goose Bay pending completion of environmental assessment process — Applicant representing aboriginal people established in vicinity and going there to hunt and fish — Minimal prejudice to applicant, refusal to co-operate, absence of evidence as to environmental damage and delay in bringing proceedings justifying denial of application.*

*International law — Distinction between treaty making and treaty implementing powers — Implementation of treaty after signing (by legislation or executive action) matter for domestic law — Memorandum of understanding signed by Canada and NATO countries respecting use of air base facilities for low*

**Naskapi-Montagnais Innu Association (requérante)**

a c.

**Ministre de la Défense nationale (intimé)***RÉPERTORIÉ: NASKAPI-MONTAGNAIS INNU ASSN. c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1<sup>re</sup> INST.)*

b

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 3, 4 et 5 avril; Ottawa, 12 avril 1990.

*Environnement — Entraînement des forces aériennes de l'OTAN au vol à basse altitude au-dessus du Labrador et du Québec — Accroissement considérable des vols depuis leur début en 1976 — Le ministre de la Défense nationale a renvoyé à une commission d'évaluation environnementale la question de l'incidence des vols et de l'établissement d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques — Rien dans le Décret n'oblige le ministère responsable à suspendre l'exécution du projet tant que n'aura pas été terminée l'évaluation environnementale — Seule l'opinion publique peut garantir la prise de décisions responsables sur le plan de l'environnement — Des facteurs militent contre l'octroi de la réparation discrétionnaire recherchée.*

e

*Forces armées — Un organisme représentant les peuples autochtones demande des ordonnances annulant la décision de permettre à trois pays membres de l'OTAN d'utiliser la base aérienne de Goose Bay, certains couloirs aériens et polygones de tir à blanc au Canada, et interdisant au ministre de la Défense nationale d'approuver la décision possible de l'OTAN d'établir à Goose Bay un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques — La requérante cherche à obtenir des ordonnances impératives en attendant l'issue d'une évaluation environnementale — Des vols d'entraînement à basse altitude ont lieu chaque année à Goose Bay depuis 1976 — Le nombre de sorties a augmenté de façon constante, pour passer de 500 à 7 021 — La demande, si elle était accueillie, pourrait causer un préjudice considérable à la population civile de Goose Bay qui sert uniquement au soutien des vols d'entraînement à basse altitude de l'OTAN — Le refus d'accorder l'ordonnance recherchée causera peu de préjudice aux autochtones.*

h

*Peuples autochtones — Demande visant à interdire au ministre de la Défense nationale d'approuver l'établissement pour l'OTAN d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques en attendant l'issue d'une évaluation environnementale — La requérante représente les autochtones établis dans les environs et qui s'y livrent à la chasse et à la pêche — Le préjudice minime qui serait causé à la requérante, le refus de coopérer, l'absence de preuve d'incidences dommageables sur l'environnement et le retard à interter cette action justifient le rejet de la demande.*

i

*Drroit international — Distinction entre le pouvoir de conclure un traité et celui de le mettre à exécution — La mise à exécution d'un traité après sa signature (par mesures législatives ou à caractère exécutif) relève du droit interne — Le protocole d'entente signé par le Canada et les pays membres de*

j

level flying operations by NATO Air Forces over parts of Labrador and Quebec within scope of treaty implementing powers — Therefore subject to Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order.

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari and mandamus to stop low level flying manoeuvres over parts of Labrador and Quebec by NATO Air Forces — Neither text nor purpose of EARP Guidelines Order imposing duty upon initiating department to suspend proposal until assessment review process completed — Minimal prejudice, refusal to co-operate, absence of evidence as to environmental damage and delay in bringing proceedings militating against granting discretionary relief sought.*

In 1986, Canada and three other NATO countries signed a memorandum of understanding which set out the terms and conditions respecting the use of the Goose Bay air base facilities for tactical low level flying manoeuvres by NATO Air Forces over parts of Labrador and Quebec. The number of sorties has steadily increased: from 500 in 1976 to 7,021 in 1989. Prior to 1979 the purpose of the flights was navigational rather than tactical.

Contemporaneously with the signing of the memorandum, the Minister of National Defence referred the issue of the impact these flights and of the establishment of a proposed NATO Tactical Fighter Weapons Training Centre to the Minister of the Environment for public review by an Environmental Assessment Panel.

The applicant seeks *certiorari* and *mandamus* to stop the low level flying operations. The applicant is an organization representing aboriginal people whose main settlements are close to the areas where the flights are conducted. Some members of those communities fly into the areas, at certain times of the year, to hunt and fish.

The issues are (1) whether once a referral has been made under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the EARP Guidelines Order) an obligation arises such that the initiating department must not proceed with the project until the referral process has been completed and (2) whether, in the circumstances, the discretionary relief sought should be granted.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant's argument, that there is an implied obligation under the terms of the Order when read in light of its purpose, to stop the progress of any proposal once it is referred for review, is without merit. There is nothing in the Order which expressly or implicitly requires that a project be halted until the completion of the review. The reference, in section 3 of the Order, to an assessment being carried out before irrevocable decisions are taken relates to the self-assessment process which the initiating department must undertake. It does not relate to the EARP Panel process. Furthermore, an implied mandatory

*l'OTAN relativement à l'usage des installations de la base aérienne pour les vols d'entraînement à basse altitude par les forces aériennes de l'OTAN au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec relève des pouvoirs de mise à exécution des traités — Il relève donc du Décret sur les lignes directrices*

a *visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prerogative — Brefs de certiorari et de mandamus visant à mettre fin aux vols d'entraînement à basse altitude au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec effectués par les forces aériennes de l'OTAN — Ni le libellé ni l'objet du Décret n'imposent au ministre responsable l'obligation de suspendre le projet jusqu'à l'issue de l'évaluation environnementale — Le préjudice minime qui serait causé, le refus de coopérer, l'absence de preuve d'incidences dommageables sur l'environnement et le retard à tenter cette action militent contre l'octroi de la réparation discrétionnaire recherchée.*

En 1986, le Canada et trois autres pays membres de l'OTAN ont signé un protocole d'entente qui exposait les modalités régissant l'emploi des installations de la base aérienne de Goose Bay pour des vols d'entraînement à basse altitude par les forces aériennes de l'OTAN au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec. Le nombre de ces sorties s'est accru de façon constante, pour passer de 500 en 1976 à 7 021 en 1989. Avant 1979, les vols exécutés étaient des vols de navigation par opposition à des vols tactiques.

Au moment de la signature du protocole d'entente, le ministre de la Défense nationale a renvoyé au ministre de l'Environnement, pour qu'elle soit étudiée par une commission d'évaluation environnementale, la question de l'incidence des vols litigieux et de la mise en place projetée d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques pour les forces aériennes de l'OTAN.

La requérante sollicite des brefs de *certiorari* et de *mandamus* en vue de mettre fin aux vols d'entraînement à basse altitude. La requérante est un organisme représentant certains peuples autochtones dont les principaux établissements sont à proximité des zones où se déroulent les vols litigieux. Certains membres de ces collectivités se rendent par avion dans les zones en cause, à certaines époques de l'année, pour chasser et pêcher.

Le débat porte sur les questions de savoir si (1) une fois que l'on a procédé au renvoi prévu au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret), le ministre responsable a l'obligation de ne pas exécuter le projet tant que le processus de renvoi et d'examen n'est pas terminé, et si (2) dans les circonstances, il y a lieu d'accorder la réparation recherchée.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

La prétention de la requérante voulant que, lorsqu'on l'interrompt en tenant compte de son objet, le Décret exige implicitement que l'on interrompe toute proposition dès qu'elle est soumise pour examen, n'est pas fondée. Rien dans le Décret n'exige expressément ou implicitement que l'on interrompe un projet tant que l'examen n'est pas terminé. La mention, à l'article 3 du Décret, de l'évaluation qui doit être effectuée avant que des décisions irrévocables ne soient prises concerne le processus d'auto-évaluation que le ministre responsable doit entreprendre. Elle n'a rien à voir avec le processus de la

obligation to halt a proposal would not accord with the general scheme of the Order and with its other provisions. Under the Order, initiating departments and Ministers can ignore the recommendations of a Panel. Any obligation not to proceed will therefore depend, for enforcement, on the pressure of public opinion and the adverse publicity which will attach to a contrary course of action.

In addition to the finding that the EARP Guidelines Order does not impose on an initiating department a mandatory "stop" order once a project has been referred for review, there were several factors which, as a matter of discretion, justified the refusal to grant an order stopping the low level flying operations.

Most important among those is the substantial prejudice such an order would cause to the civilian and military communities of Goose Bay-Happy Valley. There was evidence that suspension of the low level flying operations could bring about their permanent curtailment, resulting in massive lay-offs, loss of investment and expenditures for the civilian and military populations. On the other hand, the applicant will suffer minimal prejudice since its environmental concerns will be addressed by the EARP Panel in the course of the environmental assessment. A decision not to grant the order will not prejudice that process.

Another significant factor is the refusal by the members of the communities represented by applicant to co-operate in order to mitigate the effects which the low level flying exercises might have on them. The submission that co-operation would amount to condoning the disputed activities was not valid: one can mitigate the effects of injurious actions taken by others without condoning them.

The absence of unequivocal evidence respecting significant environmental damage resulting from the low level flying activities is another relevant factor in denying the application. So is the fact that the proceedings could have been commenced four years ago. Delay is always a factor in the case of discretionary remedies.

Respondent's argument, that a proposal falls outside the scope of the EARP Guidelines Order if implicitly authorized by the Governor in Council, as a result of being the subject of an international agreement, had to be rejected. While the treaty-making power resides with the federal Crown, the implementation of any such treaty after its signing—by legislation or executive action such as the 1986 memorandum of understanding—becomes a matter for domestic law, including the EARP Guidelines Order. It is to the decisions and actions which have to be taken by the relevant government department to implement a treaty that the EARP Guidelines Order attaches.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2, 3, 6(a), 10, 12, 13, 18(b), 20, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 33(1)(c),(d).

commission d'évaluation environnementale. De surcroît, l'obligation implicative de suspendre la proposition cadre mal avec l'économie générale du Décret et avec ses autres dispositions. Le Décret permet aux ministères et aux ministres responsables de ne pas tenir compte des recommandations de la commission. Le respect de l'obligation de ne pas réaliser le projet dépend de la pression de l'opinion publique et de la publicité défavorable qu'une ligne de conduite contraire comporterait.

Outre la conclusion que le Décret n'oblige pas le ministre responsable à «suspendre» un projet après qu'il a été soumis à un examen en vertu du Décret, il y a de nombreux facteurs qui justifient la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas prononcer une ordonnance qui suspende les vols à basse altitude.

Le facteur le plus important est le préjudice considérable qu'une telle ordonnance ferait subir à la population civile et militaire de Happy Valley et de Goose Bay. Certains éléments de preuve permettent de croire que la suspension des vols à basse altitude pourrait entraîner leur réduction permanente, ce qui provoquerait des congédiements massifs, une perte d'investissement ainsi que des dépenses pour les populations civiles et militaires. Par ailleurs, la requérante subira un préjudice minime puisque ses préoccupations environnementales seront examinées par la commission d'évaluation environnementale au cours de son évaluation. La décision de refuser l'ordonnance ne nuira pas à ce processus.

Un autre facteur très important réside dans le refus des membres des collectivités représentées par la requérante de collaborer à atténuer les effets que l'entraînement au vol à basse altitude pouvait avoir pour eux. La prétention voulant qu'une telle collaboration équivaldrait à fermer les yeux sur les activités litigieuses est mal fondée: on peut atténuer les conséquences des actes préjudiciables sans fermer les yeux sur ces actes.

L'absence d'éléments de preuve patents et univoques concernant les dommages importants causés à l'environnement est un facteur dont on peut tenir compte pour rejeter la demande. Il en va de même pour le fait que la présente action aurait pu être engagée il y a quatre ans. Le retard est toujours un facteur dans le cas des recours discrétionnaires.

L'argument de l'intimé, selon lequel une proposition échappe à l'application du Décret du fait qu'elle a été implicitement autorisée par le Gouverneur en conseil parce qu'elle fait l'objet d'une entente internationale, doit être rejeté. Bien qu'il appartienne à l'État fédéral de conclure des traités, leur mise à exécution après leur signature—par une loi ou par une mesure de caractère exécutif comme le protocole d'entente de 1986—devient une question de droit interne, ce qui comprend le Décret. Le Décret doit s'appliquer aux décisions et aux mesures que le ministère fédéral compétent doit prendre pour mettre en œuvre le traité conclu.

#### 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, 6(a), 10, 12, 13, 18(b), 20, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 33(1)(c),(d).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Angus v. Canada*, T-47-90, F.C.T.D., Rouleau J., judgment dated 12/1/90, not yet reported.

## REFERRED TO:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); affd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

## AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
*Exchanges of Notes between Canada and the United Kingdom*, November 26, 1979, [1979] Can. T.S. No. 23.  
*Exchange of Notes concerning the training of United Kingdom Armed Forces in Canada*, August 20, 1971, [1974] B.T.S. No. 27.  
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

## COUNSEL:

*John A. Olthuis and Margaret L. Flindall* for applicant.  
*Dogan D. Akman* for respondent.

## SOLICITORS:

*Morris, Rose, Ledgett*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: The orders sought will not be granted. In my view, the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (SOR/84-467) does not support what I will call the mandatory "stop" orders which are requested. In addition, even if such mandatory orders were supportable

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Angus c. Canada*, T-47-90, C.F. (1<sup>re</sup> inst.), juge Rouleau, jugement en date du 12-1-90, encore inédit.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

## DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.  
*Échanges de notes entre le Canada et le Royaume-Uni*, 26 novembre 1979, [1979] R.T. Can. N° 23.  
*Échange de notes concernant l'entraînement des Forces armées britanniques au Canada*, 20 août 1971, [1974] B.T.S. No. 27.  
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

## AVOCATS:

*John A. Olthuis et Margaret L. Flindall* pour la requérante.  
*Dogan D. Akman* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Morris, Rose, Ledgett*, Toronto, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE REED: Les ordonnances demandées ne seront pas accordées. À mon avis, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467) n'appuie pas ce que j'appellerai les ordonnances mandatoires «de suspension» qui

under the terms of the Order, it would be inappropriate to grant one of them. It would be inappropriate to grant the order which requests that the low level flying training (which has been occurring since at least 1979, albeit with increasing intensity) be stopped. An order of this nature would result in extensive prejudice and harm to the civilian communities of Happy Valley and Goose Bay as well as to the military personnel and their families. This factor must be taken into account together with the fact that a refusal to grant the order will not result in any substantial prejudice to the rights which the applicant or its members presently have. In this regard, I note that the present application does not and cannot involve any determination of the rights which the applicant states its members have as a result of their land claim assertions. The present application relates to environmental concerns only. It involves the scope and application of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARP Guidelines Order).

#### Nature of the Application—Interest of the Applicant

The application seeks orders to quash a decision of the Minister of National Defence made on February 13, 1986, and to prevent the Minister making certain other decisions before the environmental assessment process provided for by the EARP Guidelines Order has been completed. The decisions involve the use of certain parts of Labrador and a small part of Quebec for training the members of the Air Forces of several NATO countries in tactical low level flying manoeuvres.

The applicant is an organization representing certain aboriginal people whose main settlements (Sheshatshit and Utshimassit) are outside but close to the boundaries of the areas in which the low level flying is conducted. Some of the members of these communities (100 to 200) fly into the area where the low level flying training occurs, on a temporary basis at certain times of the year, for the purpose of following their traditional hunting and fishing (wildlife gathering) way of life. This usually occurs in the fall, winter and spring months.

sont demandées. De plus, même si le texte du Décret justifiait le prononcé de ces ordonnances mandatoires, il ne conviendrait pas d'accorder l'une d'elles, savoir l'ordonnance exigeant la suspension des opérations d'entraînement au vol à basse altitude (qui ont lieu depuis au moins 1979, mais qui se sont intensifiées). Une ordonnance de cette nature causerait un préjudice considérable à la population civile de Happy Valley et de Goose Bay ainsi qu'aux militaires et à leurs familles. Il faut tenir compte de ce facteur, ainsi que du fait que le refus d'accorder l'ordonnance ne portera pas gravement atteinte aux droits que possèdent présentement la requérante ou ses membres. À cet égard, je remarque que la présente requête ne saurait impliquer de décision sur les droits que la requérante affirme que ses membres possèdent en raison de leurs revendications territoriales. La présente requête ne porte que sur des problèmes écologiques. Elle concerne la portée et l'application du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret).

#### Nature de la requête—intérêt de la requérante

La requérante sollicite des ordonnances en vue de faire annuler une décision prise par le ministre de la Défense nationale le 13 février 1986 et d'empêcher le ministre de prendre certaines autres décisions avant que le processus d'évaluation en matière d'environnement prévu par le Décret ne soit terminé. Les décisions concernent l'utilisation de certaines parties du Labrador et d'une petite partie du Québec pour l'entraînement des forces aériennes de plusieurs pays membres de l'OTAN au vol tactique à basse altitude.

La requérante est un organisme représentant certains peuples autochtones dont les principaux établissements (Sheshatshit et Utshimassit) sont situés à l'extérieur mais à proximité des limites des zones où se déroulent les vols à basse altitude. Certains des membres de ces collectivités (100 à 200) se rendent par avion dans la zone où a lieu l'entraînement au vol à basse altitude, de façon temporaire et à certaines époques de l'année, pour suivre leur mode de vie traditionnel de chasse et de pêche (exploitation des ressources fauniques). Cela a habituellement lieu au cours de l'automne, de l'hiver et du printemps.

Decision of February 13, 1986—Agreement Pursuant to Exchanges of Notes (Treaties)

The decision made in 1986, which is challenged, is contained in a memorandum of understanding signed by General MacNaughton on behalf of the Department of National Defence. The other signatories to the memorandum are the United States Air Force, the Ministry of Defence of the United Kingdom and the Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany. The memorandum sets out the terms and conditions under which these last three will be allowed to use the air base facilities at Goose Bay and certain airspace and practice target areas in Canada. (These will be referred to as the Canadian facilities and airspace.)

The 1986 memorandum was entered into pursuant to provisions of exchanges of notes (treaties) between Canada and the three aforementioned NATO countries. These exchanges of notes were signed at various times between 1976 and 1983. I will refer to that with the United Kingdom, signed in 1979, to illustrate the relationship of the decision documented by the 1986 memorandum of understanding and the exchanges of notes. The 1979 Exchange of Notes with the United Kingdom carries the title "Agreement Amending the 1971 Agreement Concerning a Training Scheme for Armed Forces of the United Kingdom in Canada". As that title indicates, the document is an amendment to a previous agreement, by exchange of notes, between Canada and the United Kingdom, dated August 20, 1971. The 1979 Exchange of Notes consists of two parts: the first, I will call the covering note; the second is a schedule of terms and conditions. One of the terms of the covering note states:

IV. This Agreement and the attached Schedule of Terms and Conditions may be amended by agreement of the Parties. The Schedule of Terms and Conditions may also be amended as provided therein subject to the requirement that such amendments shall be consistent with the provisions of this Agreement . . . .

The relevant provisions of the schedule of terms and conditions provide:

PART III

*Royal Air Force Training*

17. This part is subject to arrangements between Canada and the United Kingdom respecting the stationing of a Royal

Décision du 13 février 1986—Accord conclu conformément à des échanges de notes (traités)

La décision prise en 1986, qui est contestée, est contenue dans un protocole d'entente signé par le général MacNaughton au nom du ministère de la Défense nationale. Les autres signataires du protocole sont l'Armée de l'Air des États-Unis, le ministère de la Défense du Royaume-Uni et le ministère fédéral de la Défense de la République fédérale d'Allemagne. Le protocole énonce les conditions auxquelles les trois pays susmentionnés sont autorisés à utiliser les installations de la base de Goose Bay et certains couloirs aériens et polygones de tir à blanc au Canada (que nous appellerons les installations et l'espace aérien du Canada).

Le protocole de 1986 a été conclu conformément aux dispositions d'échanges de notes (traités) signés par le Canada et les trois pays membres de l'OTAN susmentionnés. Ces échanges de notes ont été signés à diverses dates entre 1976 et 1983. Je cite celui qui a été signé en 1979 avec le Royaume-Uni pour illustrer le rapport qui existe entre la décision documentée par le protocole d'entente de 1986 et les échanges de notes. L'échange de notes de 1979 signé avec le Royaume-Uni porte le titre «Accord modifiant l'Accord de 1971 concernant l'instruction militaire des Forces armées du Royaume-Uni au Canada». Comme ce titre l'indique, le document constitue une modification à un accord antérieur, par échange de notes, intervenu entre le Canada et le Royaume-Uni le 20 août 1971. L'échange de notes de 1979 comporte deux parties: je qualifierai la première de note explicative et la seconde, d'énoncé des modalités. Voici l'une des dispositions de la note explicative:

IV. Le présent Accord et l'Énoncé de modalités y joint pourront être modifiés par un consentement mutuel des Parties. L'Énoncé de modalités peut également être modifié dans les conditions prévues par l'Énoncé même à condition que lesdites modifications soient conformes aux dispositions du présent Accord . . .

Voici les dispositions pertinentes de l'énoncé des modalités:

TROISIÈME PARTIE

*Entraînement de la Royal Air Force*

17. La présente partie est assujettie aux ententes conclues entre le Canada et le Royaume-Uni concernant le cantonne-

Air Force element at Goose Bay for the purpose of carrying out low-level flying training operations.

18. The Royal Air Force shall have the use of facilities made available to them at present at Canadian Forces Station Goose Bay for tactical low-level flying training. The yearly target is a programme of about 120 aircraft visits, each lasting about nine or ten days. The number of aircraft participating is likely to vary but usually about three are expected to be at Canadian Forces Station, Goose Bay at any one time. The United Kingdom may use the staging post at Canadian Forces Station, Goose Bay for RAF aircraft in transit and may retain there an RAF detachment of up to 150 officers and men.

19. The terms and conditions under which training facilities in addition to those mentioned in this Part may be made available by Canada shall be the subject of negotiation between the Ministry of Defence (AIR) and National Defence Headquarters in the event that a requirement is reported by the United Kingdom. [Underlining added.]

Thus, in so far as the Ministry of Defence of the United Kingdom and the Canadian Department of National Defence are concerned, the 1986 memorandum of understanding was entered into pursuant to the terms of section 19 of the schedule of terms and conditions of the 1979 Exchange of Notes.

The 1986 memorandum deals in large part with how the costs associated with the use of the Goose Bay air base facilities will be borne by the respective parties. It also describes the facilities and airspace which are the subject of that agreement and it contains terms for the alteration or termination of the agreement. Some of the terms are as follows:

#### SCOPE

6. DND will provide to the Allied Users:

a. the use of the Goose Bay airfield, buildings, facilities, infrastructure and equipment as detailed in this MOU [Memorandum of Understanding] and its Annexes;

b. special use flying areas (approximating those described in the DND Flight Information Publication GPH 205 dated 6 June 1985, Annex F) suitable for the conduct of tactical low level flying training down to 100' above all obstacles within 200' of track under visual meteorological conditions (VMC) during the day; and down to 200' above ground level (AGL) under instrument meteorological conditions (IMC) or during the night, with Terrain Following Radar (TFR); and

c. practice target areas, as may be decided between DND and the Province of Newfoundland, which constitute suitable tactical ranges.

ment d'un élément de la Royal Air Force à la base des Forces canadiennes de Goose Bay à des fins d'entraînement à des opérations de vol à basse altitude.

18. La Royal Air Force conservera l'usage des installations actuellement mises à sa disposition à la base des Forces canadiennes de Goose Bay pour l'entraînement tactique au vol à basse altitude. L'objectif annuel du programme est d'environ 120 visites d'appareils, chacune d'une période approximative de 9 à 10 jours. Le nombre d'appareils qui y prendront part pourra varier, mais en général il devrait y en avoir environ trois à la fois à Goose Bay. Le Royaume-Uni pourra utiliser le poste de relais de Goose Bay pour les appareils de la Royal Air Force qui sont de passage, et pourra y maintenir un détachement de la RAF d'au plus 150 officiers et soldats.

19. Dans le cas où le Royaume-Uni en ferait la demande, les modalités en vertu desquelles le Canada peut mettre à la disposition de la RAF des installations d'entraînement s'ajoutant à celles mentionnées dans la présente partie feront l'objet de négociations entre le ministère de la Défense (Air) et le Quartier général de la Défense nationale. [C'est moi qui souligne.]

Ainsi donc, dans le cas du ministère de la Défense du Royaume-Uni et du ministère canadien de la Défense nationale, le protocole d'entente de 1986 a été signé conformément aux modalités de l'article 19 de l'énoncé des modalités de l'échange de notes de 1979.

Le protocole de 1986 porte en grande partie sur le partage entre les différentes parties des frais associés à l'utilisation des installations de la base aérienne de Goose Bay. Il décrit également les installations et l'espace aérien qui font l'objet de cette entente et contient des modalités au sujet de la modification et de la résiliation de l'accord. En voici quelques extraits:

#### PORTÉE

6. Le MDN fournira aux utilisateurs alliés:

a. l'usage de l'aérodrome de Goose Bay et des bâtiments, installations, infrastructures et équipements décrits dans le présent protocole d'entente et ses annexes;

b. des zones de vol à statut spécial (se rapprochant de celles qui sont décrites à l'annexe F de la Publication d'information de vol du MDN—GPH 205 du 6 juin 1985) appropriées pour l'entraînement au vol tactique à basse altitude; un avion d'entraînement pourra descendre jusqu'à 100' au-dessus de tout obstacle situé à moins de 200' de sa route dans des conditions météorologiques de vol à vue (VMC) durant le jour, et jusqu'à 200' au-dessus du sol (AGL) dans des conditions météorologiques de vol aux instruments (IMC) ou pendant la nuit, avec un radar de suivi de terrain (TFR); et

c. des zones avec cibles d'entraînement, à déterminer par le MDN et la province de Terre-Neuve, qui constituent des polygones de tir acceptables.

OPERATION

7. Allied Users will comply with applicable Canadian military and civil flying regulations, and will conduct flying operations only in those areas, along those routes and under those conditions specified and approved by Canada. The Officers Commanding (OC) Units of Allied Users at Goose Bay will be informed of, and make themselves familiar with, the applicable regulations and will bring to the attention of all personnel under their respective commands, or attached to their units, the requirements to comply with such regulations. Any regulation that adversely affects the scope of allied military flying operations may be referred to NDHQ for resolution if any one of the Allied Users disagrees with its implementation.

8. Military flying activities will be performed so as to have due regard for the safety and well being of all people and wildlife in the area, and for the operations of civil air carriers. Local military flying operations will be coordinated through the Military Co-ordination Centre. Flight safety and accident investigation will be carried out in accordance with STANAG 3531. Subject to air traffic control requirements, Military Users will have the right to taxi aircraft over all airfield surfaces required for their operations.

Capital Expenditures

15. Each Military User will be allocated certain buildings, facilities, infrastructures and equipment at Goose Bay which will be dedicated solely for its use. The capital expenditures incurred for approved modifications, additions or extensions to existing dedicated buildings, facilities, infrastructure and equipment will be borne by that User. The total cost of constructing any new dedicated facilities requested by a User will be the responsibility of that User.

REDUCTION, SUSPENSION AND TERMINATIONWithdrawal of, or Significant Reduction in, Activities

37. Should DND not be able to meet its commitment, as defined in para 6 of this MOU, and thereby in the view of the Allied User(s) degrade the operational environment, the Military User(s) will immediately enter into consultations regarding the matter. Should the consultations fail to resolve the matter to the satisfaction of the objecting Allied User(s) within 30 days, such Allied User(s) may withdraw without further notice. The financial terms of withdrawal and the settlement of residual values will be by separate negotiations.

Annexes to this memorandum of understanding set out the maximum number of aircraft and personnel which each party to the agreement may station

OPÉRATIONS

7. Les utilisateurs alliés respecteront les règlements de vol civils et militaires du Canada, et ne mèneront leurs opérations de vol que dans les régions, le long des routes et dans les conditions déterminées et approuvées par le Canada. Les commandants des unités des utilisateurs alliés à Goose Bay seront informés des règlements qui s'appliquent, les connaîtront et les porteront à l'attention de toutes les personnes qui relèvent de leur autorité ou qui sont rattachées à leurs unités, en soulignant la nécessité de s'y conformer. Tout règlement ayant un effet défavorable sur l'envergure des opérations militaires alliées pourra être soumis à l'arbitrage du QGDN, si l'un ou l'autre des utilisateurs alliés s'oppose à son application.

8. Les activités militaires aériennes seront menées de façon à respecter la sécurité et le bien-être de la population et de la faune de la région, ainsi que les opérations des transporteurs aériens civils. Les vols militaires locaux seront coordonnés par le Centre de coordination militaire. Les mesures de sécurité aérienne et les enquêtes sur les accidents seront conformes au STANAG 3531. Sous réserve des besoins ayant trait au contrôle de la circulation aérienne, les utilisateurs militaires auront le droit de rouler sur toutes les aires d'atterrissage, de circulation et de stationnement de l'aérodrome requises dans le cadre de leurs opérations.

Dépenses en capital

15. Chaque utilisateur militaire se verra attribuer certains bâtiments, certaines installations, certaines infrastructures et certains équipements, à Goose Bay, qui seront réservés à son usage exclusif. Les dépenses en capital engagées pour des modifications, des agrandissements ou des ajouts approuvés à ces bâtiments, ces installations, ces infrastructures et ces équipements seront supportées par cet utilisateur. Le coût total de la construction de toute nouvelle installation d'usage exclusif, à la demande d'un utilisateur, sera supporté par cet utilisateur.

RÉDUCTION, SUSPENSION ET CESSATION DES ACTIVITÉSRetrait d'un utilisateur, ou réduction importante de ses activités

37. Si jamais le MDN se trouve dans l'incapacité de remplir ses engagements tels que définis au paragraphe 6 du présent protocole d'entente, provoquant ainsi, de l'avis d'un ou de plusieurs utilisateurs alliés, une dégradation du milieu opérationnel, les utilisateurs militaires devront immédiatement entreprendre des consultations à ce sujet. Si ces consultations ne permettent pas, dans un délai de 30 jours, de régler la question à la satisfaction des utilisateurs alliés qui ont formulé l'objection, ces utilisateurs alliés pourront se retirer du protocole d'entente sans autre avis. L'établissement des conditions financières de ce retrait, et le règlement des questions liées à la valeur résiduelle des investissements, feront l'objet de négociations distinctes.

Des annexes à ce protocole d'entente prévoient le nombre maximal d'avions et de militaires que chacune des parties au protocole est autorisée à sta-



at Goose Bay. In the case of the United Kingdom Air Force (R.A.F.) this is 350 personnel and 20 aircraft; for the United States Air Force it is 500 personnel and 24 aircraft; in the case of the Federal Republic of Germany (G.A.F.) the limits are 400 personnel and 25 aircraft.

The Netherlands joined the United Kingdom, the United States and the Federal Republic of Germany, as a user of the base and airspace, in 1987. An exchange of notes in this regard was signed between Canada and the Netherlands on March 26, 1987. Pursuant to that agreement, the terms and conditions set out in the memorandum of understanding of 1986 with the other NATO members became applicable to govern the terms of the use of the Canadian facilities and airspace by the Netherlands as well. An annex was added to the 1986 memorandum of agreement stating that the Royal Netherlands Air Force would be permitted to station up to a maximum of 400 personnel and 25 combat aircraft at Goose Bay at any one time.

Exchanges of Notes—Not Subject to Review Pursuant to EARP Guidelines Order—Treaty Making and Treaty Implementing Powers to be Distinguished

I do not think it can be seriously contested that the decisions to enter into the various exchanges of notes do not fall within the scope of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (SOR/84-467). That Order provides that the review process is one under which initiating departments shall first prepare an initial environmental assessment and, then, depending upon the outcome of that assessment either proceed with the project or refer it for review by what I will call EARP Panel. A “department” is defined by the terms of the Order [section 2] (subject to some exceptions) as:

2. ...

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

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

The various exchanges of notes are signed by Canada as an exercise of prerogative powers. The

tionner à Goose Bay. Dans le cas du Royaume-Uni, la R.A.F. est autorisée à y stationner 350 militaires et 20 avions; l'Armée de l'Air des États-Unis peut y stationner 500 militaires et 24 avions, et, dans le cas de la République fédérale d'Allemagne, l'Armée de l'Air allemande est limitée à 400 militaires et à 25 avions.

Les Pays-Bas se sont ajoutés en 1987 aux utilisateurs de la base et de l'espace aérien, c'est-à-dire au Royaume-Uni, aux États-Unis et à la République fédérale d'Allemagne. Un échange de notes a été signé à cet égard entre le Canada et les Pays-Bas le 26 mars 1987. Conformément à cet accord, les modalités énoncées au protocole d'entente de 1986 signé avec les autres membres de l'OTAN sont devenues applicables aux conditions d'utilisation des installations et de l'espace aérien du Canada par les Pays-Bas. Une annexe a été ajoutée au protocole d'entente de 1986 pour déclarer que l'Armée de l'Air des Pays-Bas serait autorisée à stationner jusqu'à 400 militaires et 25 avions de combat à la fois à Goose Bay.

Exemption des échanges de notes de l'examen prévu au Décret—Distinction entre le pouvoir de conclure des traités et le pouvoir de les mettre en œuvre

Je ne crois pas qu'on puisse sérieusement contester que les décisions de conclure les divers échanges de notes ne tombent pas sous le coup du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467). Le Décret prévoit que le processus d'examen est une méthode par laquelle le ministère responsable procède d'abord à une évaluation environnementale initiale et décide ensuite, suivant l'issue de cette évaluation, soit de réaliser le projet, soit de le soumettre à une commission d'évaluation environnementale pour examen. Suivant le Décret [article 2], le mot «ministère» s'entend (sous réserve de certaines exceptions):

2. ...

a) de tout ministère, commission ou organisme 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.

Le Canada signe les divers échanges de notes en vertu de ses prérogatives. Les échanges de notes

exchanges of notes are essentially international treaties. A. E. Gotlieb's text on *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), at pages 4 and 5, describes the process as follows:

This means, in effect, that the treaty-making power in Canada is exercised by the Governor-General in Council on the advice of the Canadian ministers and, in particular, the minister responsible for foreign relations, the Secretary of State for External Affairs. [Underlining added.]

The Governor in Council would not seem to be a "department, board or agency of the Government of Canada", within the meaning of the EARP Guidelines Order.<sup>1</sup> I was referred to Mr. Justice Rouleau's comments in *Angus v. Canada* (T-47-90, January 12, 1990, not yet reported):

Under the Guidelines, the "initiating department" must not only be the proposer of the anticipated directive, but it must also be the decision maker, i.e. the enacting body. As you well know, it is not up to the Court to legislate, but Parliament. It is they who have chosen to exclude from their definition of "initiating departments" this particular powerful executive arm of government. Though it has been suggested to me that courts may have, in certain circumstances, found that the Governor General in Council could be considered a "board" under the *Federal Court Act*, one cannot, by analogy, transpose that finding to give this Court the authority to make a determination that under the EARP Guidelines it was meant to include this body in its definition of "initiating departments".

If I understand counsel for the respondent's argument correctly, it is that since the decisions to enter into the various exchanges of notes are ones taken by the Governor in Council they do not fall within the EARP Guidelines Order. Similarly, it is argued that the 1986 memorandum of understanding should be considered as a mere variation of those treaties and therefore equally outside the ambit of the Order. (The decisions to enter into the exchanges of notes with the United Kingdom (1979), the United States (1976) and the Federal Republic of Germany (1981 and 1983) would, of course, fall outside the scope of the Order for another reason as well: they were all taken before the EARP Guidelines Order came into force, in 1984.)

I am not convinced that counsel's argument with respect to the immunity of the 1986 decision, merely because it relates to treaty obligations, can withstand scrutiny. As I understand the treaty

<sup>1</sup> This conclusion has to be read in the light, of course, of the decision in *Operation Dismantle Inc. et al v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

sont essentiellement des traités internationaux. Voici comment A. E. Gotlieb explique le processus dans son ouvrage intitulé *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), aux pages 4 et 5:

a [TRADUCTION] Cela signifie, en fait, qu'au Canada, le pouvoir de conclure des traités est exercé par le gouverneur général en conseil sur l'avis des ministres canadiens et, en particulier, du ministre chargé des affaires étrangères, le Secrétaire d'État aux affaires extérieures. [C'est moi qui souligne.]

b Il semblerait que le gouverneur en conseil ne soit pas un «ministère, commission ou organisme fédéraux» au sens du Décret<sup>1</sup>. On m'a cité les commentaires suivants formulés par le juge Rouleau dans le jugement *Angus c. Canada* (T-47-90, 12 janvier 1990, encore inédit):

D'après les lignes directrices, le «ministère responsable» ne doit pas seulement proposer la directive attendue mais également prendre les décisions qui s'imposent, c'est-à-dire «être l'organisme qui agit». Comme vous le savez bien, ce n'est pas à la Cour de légiférer, mais au Parlement. C'est ce dernier qui a choisi d'exclure de la définition de «ministère responsable» cette puissante branche exécutive du gouvernement. Bien qu'on m'ait suggéré que les tribunaux aient pu, dans certains cas, conclure que le gouverneur général en conseil pouvait être considéré comme un «office» aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*, on ne peut, par analogie, transposer cette conclusion pour donner à la présente Cour le pouvoir de décider qu'en vertu des lignes directrices du PÉÉE cet organisme doit être considéré comme un «ministère responsable».

Si je comprends bien son raisonnement, l'avocat de l'intimé prétend que comme elles sont prises par le gouverneur en conseil, les décisions de signer les divers échanges de notes ne tombent pas sous le coup du Décret. Dans le même ordre d'idées, l'avocat affirme que le protocole d'entente de 1986 devrait être considéré comme une simple modification à ces traités et qu'en conséquence, il échappe également à l'application du Décret. (Évidemment, les décisions de signer les échanges de notes avec le Royaume-Uni (1979), les États-Unis (1976) et la République fédérale d'Allemagne (1981 et 1983) échapperaient aussi à l'application du Décret pour une autre raison: elles ont été prises avant que le Décret entre en vigueur, en 1984.)

i Je ne suis pas convaincue que la prétention de l'avocat, que la décision de 1986 bénéficie d'une immunité du simple fait qu'elle se rapporte à des obligations prévues par un traité, puisse résister à

<sup>1</sup> Il faut interpréter cette conclusion en tenant compte, évidemment, de l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.

making power, it is that while this resides with the Crown federal, the implementation of any such treaty after its signing becomes a matter for domestic law. On some occasions legislation will be required; this may be federal or provincial as the case may be. On other occasions no legislation may be necessary but implementing action of an executive nature may be required. In that event, it seems to me that the executive implementing action is subject to the applicable domestic law, including the EARP Guidelines Order when it applies. In this regard I note that the Schedule of Terms and Conditions to the 1979 Exchange of Notes with the United Kingdom (paragraph 1) provides that: "training activities shall be conducted in accordance with applicable Canadian laws and regulations." And paragraph 27 provides that "Due attention shall be paid by the British Forces to the environment and any regulations applicable to the Canadian Forces in respect of environmental conditions and restrictions shall be strictly adhered to." Similar provisions are found in the exchanges of notes with the Federal Republic of Germany (paragraph 4) and in that with the Netherlands (paragraph 4).

Counsel for the respondent also argued that the decisions in question (whether under the treaties or under the implementing arrangements of 1986) could not fall under the EARP Guidelines Order because they were not legally binding. That is, it was argued that the EARP Guidelines Order contemplates that the review process only applies when irrevocable decisions are involved. It is argued that the agreements with the various members of NATO respecting the use of the Canadian facilities and airspace are not irrevocable agreements. As international agreements, these agreements are by their very nature not legally enforceable. Disputes arising thereunder are all subject to negotiation. I do not agree with counsel's argument that merely because the decisions may not be legally enforceable under domestic law, the decisions taken are therefore irrevocable for the purposes of the EARP Guidelines Order. In my view, the term irrevocable as used in the EARP Guidelines Order is not synonymous with the concept

un examen minutieux. Dans mon esprit, le pouvoir de conclure des traités relève de la Couronne fédérale, mais la mise en œuvre d'un traité après sa signature devient une question de droit interne. Dans certaines situations, il faudra adopter une loi; il peut s'agir d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale, selon le cas. Dans d'autres cas, il ne sera pas nécessaire d'adopter une loi, mais une mesure de mise en œuvre de caractère exécutif pourra être nécessaire. Dans ce cas, il me semble que la mesure exécutive de mise en œuvre est régie par le droit interne applicable, y compris le Décret, lorsqu'il s'applique. À cet égard, je constate que l'énoncé des modalités de l'Échange de notes de 1979 signé avec le Royaume-Uni prévoit, à son paragraphe premier, que «la conduite des activités d'entraînement militaire sera soumise aux lois et règlements canadiens applicables». Et le paragraphe 27 dispose que: «Les Forces britanniques accorderont toute l'attention requise à l'environnement et se conformeront scrupuleusement à tout règlement applicable aux Forces canadiennes en ce qui concerne la protection de l'environnement.» Des dispositions similaires sont énoncées dans les échanges de notes signés avec la République fédérale d'Allemagne (au paragraphe 4) et dans ceux qui ont été signés avec les Pays-Bas (au paragraphe 4).

f

L'avocat de l'intimé prétend également que le Décret est inapplicable aux décisions en question (qu'elles aient été prises en vertu des traités ou en vertu des mesures de mise en œuvre de 1986) parce qu'elles ne sont pas légalement exécutoires, étant donné que, suivant le Décret, le processus d'examen ne s'applique que lorsque des décisions irrévocables sont en cause. L'avocat prétend que les accords conclus avec les divers membres de l'OTAN au sujet de l'utilisation des installations et de l'espace aérien du Canada ne constituent pas des accords irrévocables. En tant qu'ententes internationales, ces accords n'ont, de par leur nature même, aucun caractère exécutoire. Les différends qui sont soulevés à leur sujet doivent être réglés par voie de négociation. Je ne souscris pas à la prétention de l'avocat suivant laquelle en raison du simple fait qu'elles peuvent ne pas être légalement exécutoires en droit interne, les décisions prises sont en conséquence irrévocables au sens du Décret. À mon avis, le terme «irrévocable» employé

g

h

i

j

that a matter is legally binding pursuant to domestic law.

In summary, then, I do not agree that because a proposal has been implicitly authorized by the Governor in Council, as a result of being the subject of an international agreement (the signing of which was approved by the Governor in Council), it therefore falls outside the scope of the EARP Guidelines Order. I think counsel for the applicant's argument is correct, that one must look at the decisions and actions which have to be taken, by the relevant government department, to implement the treaty which was entered into. It is to those decisions and activities that the EARP Guidelines Order may attach.

#### Establishment of NATO Training Centre

The decision which has not yet been made, which the applicant seeks by these proceedings to prevent, is an affirmative response on the part of the Minister of National Defence to NATO, should the Euro-NATO Training Group choose Goose Bay as a suitable site for a new Fighter Weapons Training Centre (hereinafter NATO Training Centre). In July of 1984 Canada forwarded a proposal to NATO suggesting Goose Bay as a suitable site for such a centre. Sites in other countries are also being considered. It is anticipated that a decision will be made in May of 1990. The applicant fears that if the NATO decision is one in favour of Goose Bay, then, the Minister of National Defence will want to respond to that decision, immediately, regardless of whether the environmental assessment process required by the EARP Guidelines Order has been completed. As will appear from what is said below, the Minister contends that this is an ill-founded apprehension.

#### Low Level Flying Training—an On-Going Activity—Nature and Extent

Low level flying training takes place out of Goose Bay each year between the months of April and November. This year it is scheduled to start on April 17. Equipment, personnel and other support mechanisms are moved onto the base, starting April 1. This activity has been occurring for many years. At the same time, the number of training

dans le Décret ne saurait être assimilé au concept du caractère légalement obligatoire d'une question selon le droit interne.

Ainsi donc, pour récapituler, je ne suis pas d'accord pour dire qu'en raison du fait qu'elle a été implicitement autorisée par le gouverneur en conseil parce qu'elle fait l'objet d'une entente internationale (dont la signature a été approuvée par le gouverneur en conseil), une proposition ne tombe pas sous le coup du Décret. J'estime bien fondée la prétention de l'avocat suivant laquelle il faut examiner les décisions et les mesures que le ministère fédéral compétent doit prendre pour mettre en œuvre le traité qui a été conclu. Ce sont ces décisions et ces activités auxquelles le Décret peut s'appliquer.

#### Mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN

La décision qui n'a pas encore été prise et que la requérante cherche à empêcher par la présente poursuite consisterait pour le ministère de la Défense nationale à répondre affirmativement à l'OTAN si le Groupe d'entraînement Euro-OTAN choisissait Goose Bay comme site approprié pour l'établissement du nouveau Centre d'entraînement de chasse tactique (ci-après appelé Centre d'entraînement de l'OTAN). En juillet 1984, le Canada a envoyé à l'OTAN une proposition suggérant Goose Bay comme emplacement approprié pour un tel centre. On étudie également des emplacements situés dans d'autres pays. On prévoit qu'une décision sera prise en mai 1990. La requérante craint que si la décision de l'OTAN favorise Goose Bay, le ministre de la Défense nationale voudra réagir sans délai, sans se soucier de la question de savoir si le processus d'évaluation environnementale exigé par le Décret est terminé. Comme on le verra plus loin, le ministre prétend que cette crainte n'est pas fondée.

#### Entraînement au vol à basse altitude—activité en cours—nature et portée

L'entraînement au vol à basse altitude a lieu à Goose Bay chaque année entre les mois d'avril et de novembre. Cette année, il devrait normalement débiter le 17 avril. On transporte de l'équipement, du personnel et d'autres éléments de soutien à la base à compter du 1<sup>er</sup> avril. Cette activité se déroule depuis de nombreuses années. Par ailleurs,

flights ("sorties") has steadily increased from year to year. The increase in level of activity is obvious from the following table:

| Year | Number of sorties |
|------|-------------------|
| 1976 | 500               |
| 1977 | 566               |
| 1978 | 570               |
| 1979 | 470               |
| 1980 | 860               |
| 1981 | 1,840             |
| 1982 | 2,027             |
| 1983 | 2,468             |
| 1984 | 3,008             |
| 1985 | 4,148             |
| 1986 | 5,432             |
| 1987 | 6,838             |
| 1988 | 6,807             |
| 1989 | 7,021             |

The number of flights estimated for 1990 are 7,600 with a maximum of 8,200 being possible but not likely.

With respect to the increased activity and changed character of the flights over the years, it must be noted that the low level flights which occurred before 1979 were of a different character from those after that date (navigational as opposed to tactical). Also, the types of planes which engage in the exercises have changed although there is no clear evidence that this has led to an increase rather than a decrease in the decibel level associated with each flight. The extent of the territory over which the flights occur was smaller before 1983 than it is now.

One training flight (sortie) involves a fighter plane taking off at approximately 160 miles per hour, flying a preplanned route to several targets, simulating target attacks and then returning to Goose Bay. Within the areas designated for low level flying, aircraft are authorized to fly down to 100 feet above all obstacles which exist within 200 feet of the aircraft's projected flight path. There is evidence that the average altitude of low level training flights is approximately 200 to 250 feet. The target practices which occur are all (except for one) of a "camera" nature with no projectiles being released. The one exception occurs in a particular 50 square mile area where the dropping of inert, non-explosive devices is allowed. This area is a burned out region and there is evidence that

le nombre de vols d'entraînement («sorties») augmente de façon constante d'année en année, ainsi que le démontre le tableau suivant:

|          | Année | Nombre de sorties |
|----------|-------|-------------------|
| <i>a</i> | 1976  | 500               |
|          | 1977  | 566               |
|          | 1978  | 570               |
|          | 1979  | 470               |
|          | 1980  | 860               |
|          | 1981  | 1 840             |
| <i>b</i> | 1982  | 2 027             |
|          | 1983  | 2 468             |
|          | 1984  | 3 008             |
|          | 1985  | 4 148             |
|          | 1986  | 5 432             |
|          | 1987  | 6 838             |
| <i>c</i> | 1988  | 6 807             |
|          | 1989  | 7 021             |

On estime à 7 600 le nombre de vols qui devraient avoir lieu en 1990; ce chiffre pourrait s'élever jusqu'à 8 200, mais cela est peu probable.

*d* En ce qui a trait à l'augmentation de l'activité et à la modification de la nature des vols au cours des ans, il convient de noter que les vols à basse altitude qui étaient effectués avant 1979 étaient d'un caractère différent de ceux qui ont eu lieu depuis (il s'agissait de vols de navigation par opposition à des vols tactiques). Par ailleurs, le type d'avions qui se livrent aux exercices en question a changé, bien que rien ne permette de conclure que cela a augmenté plutôt que diminué le niveau de décibels associé à chaque vol. Le territoire au-dessus duquel les vols avaient lieu avant 1983 était moins vaste que le territoire actuel.

*e* *f* *g* *h* *i* *j* Les vols d'entraînement (sorties) se déroulent de la façon suivante: un avion de combat décolle à une vitesse d'environ 160 milles à l'heure, suit un itinéraire préétabli vers divers objectifs, simule des attaques d'objectifs et revient ensuite à Goose Bay. À l'intérieur des zones désignées pour les vols à basse altitude, l'avion peut descendre jusqu'à 100 pieds au-dessus de tout obstacle qui se trouve en-deça de 200 pieds de la trajectoire de vol projetée de l'avion. Suivant la preuve, l'altitude moyenne des vols d'entraînement à basse altitude est d'environ 200 à 250 pieds. Les exercices de tir auxquels on procède sont tous (à une exception près) des exercices «avec caméra» au cours desquels aucun projectile n'est lancé. La seule exception concerne une zone de 50 milles carrés où le largage de charges inertes est autorisé. Il s'agit d'une région incendiée et, suivant la preuve, les

the aboriginal people themselves have indicated to the Air Force that they have no use for this area.

Application of EARP Guidelines Order to Activities Commenced Before 1984

The EARP Guidelines Order clearly contemplates that the projects to which it will be applied are ones which will be proposed for development, not to activities which predate the existence of the Order. This follows from the general rule of statutory interpretation that legislative provisions are not intended to have a retrospective operation unless a contrary intention clearly appears from the text of the provision. This conclusion also follows from the text of the provisions of the EARP Guidelines Order itself:

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 ...

6. These Guidelines shall apply to any proposal

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

18. It is the responsibility of the Office to

(b) assist the initiating department in the provision of information on the solicitation of public response to proposals early enough in the planning stage that irrevocable decisions will not be taken before public opinion is heard;

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

(c) ... decide ... the extent to which the recommendations [of a Review Panel] should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) ... 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; ... [Underlining added.]

autochtones ont eux-mêmes fait savoir aux forces aériennes que cette région ne leur est d'aucune utilité.

Application du Décret aux activités commencées avant 1984

De toute évidence, le Décret envisage que les projets auxquels il s'applique sont des projets dont on proposera la réalisation, et non des activités qui existaient avant l'entrée en vigueur du Décret. Cela découle de la règle générale d'interprétation des lois voulant que les dispositions législatives ne doivent pas être appliquées rétroactivement, à moins qu'une intention contraire ne ressorte à l'évidence du texte de la disposition. Cette conclusion découle également du libellé des dispositions du Décret lui-même:

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.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

18. Il incombe au Bureau

b) d'aider les ministères responsables dans la prestation de renseignements et l'obtention de la réaction du public aux propositions, assez tôt au cours de l'étape de planification pour s'assurer que des décisions irrévocables ne sont pas prises avant que l'opinion du public soit entendue;

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

c) ... de décider ... de la mesure dans laquelle ces recommandations [de la commission chargée de l'examen] devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) ... s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes 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; ... [C'est moi qui souligne.]

The terms of the Order contemplate an application to new initiatives. While it is clear that the possible establishment of a NATO Training Centre at Goose Bay would fit the description of a new initiative, this is not as true for the on-going (but increasing) low level flying activities which are presently being carried on. Counsel for the applicant invites me to characterize the 1986 memorandum as a proposal (a new initiative) sufficient to bring the low level flying activity provided for therein within the EARP Guidelines Order. He characterizes the entering into of the 1986 memorandum as the type of irrevocable decision to which the EARP Guidelines Order applies. Counsel for the respondent, on the other hand, argues that the Order was never intended to apply and does not apply to this kind of activity. He argues that the Order does not apply to the decision which underlies the 1986 memorandum because that decision relates to the continuation of an on-going activity not qualitatively different from that which had been occurring before the Order came into effect. For reasons which will appear below, I do not find it necessary to decide this very interesting question.

#### Referral to an Environmental Assessment Panel— a Voluntary Referral?

In any event, on February 13, 1986 contemporaneously with the signing of the memorandum of understanding of that date, the Minister of National Defence wrote to the Minister of Environment, asking that an EARP review be commenced. The relevant letter reads, in part, as follows:

As you are aware, the Department of National Defence is sponsoring military flying activities by some of our NATO allies in Goose Bay Labrador. This has been ongoing for some time now. Recently the allies have requested that new tactical ranges be provided as part of this activity. In addition, NATO is seeking a site for a Tactical Fighter Weapons Training Centre that could start operations in the early 1990's. Goose Bay is a candidate for this Centre.

Due to the potential for environmental impact resulting from the proposed activities and because of the related expressions of public concern we have heard, I believe it is important that we undertake a thorough public assessment before making our final decision. I therefore request that a formal review of the activities proposed for Labrador and parts of Quebec be under-

Le texte du Décret envisage une demande qui porte sur de nouvelles entreprises. Même s'il est évident que l'établissement éventuel d'un centre d'entraînement de l'OTAN à Goose Bay répondrait à la définition d'une nouvelle entreprise, ce n'est pas le cas pour les opérations de vol à basse altitude qui se déroulent présentement (mais qui s'intensifient). L'avocat de la requérante m'invite à considérer que le protocole de 1986 constitue une proposition (une nouvelle entreprise) suffisante pour qu'on puisse considérer que les activités de vol à basse altitude qui y sont prévues tombent sous le coup du Décret. Il considère la conclusion du protocole de 1986 comme un genre de décision irrévocable à laquelle le Décret s'applique. En revanche, l'avocat de l'intimé affirme qu'on n'a jamais voulu que le Décret s'applique à ce genre d'activité et il affirme qu'il ne s'y applique pas. Il soutient que le Décret ne s'applique pas à la décision qui est à la base du protocole de 1986 parce que cette décision se rapporte à la poursuite d'une activité en cours qui n'est pas différente, au point de vue qualitatif, de celle qui se déroulait avant l'entrée en vigueur du Décret. Pour des motifs que j'expose plus loin, je ne juge pas nécessaire de trancher cette question très intéressante.

#### Le renvoi devant une commission d'évaluation environnementale constitue-t-il un renvoi volontaire?

En tout état de cause, le 13 février 1986, en même temps qu'était signé le protocole d'entente de cette date, le ministre de la Défense nationale a demandé par écrit au ministre de l'Environnement d'entreprendre l'examen environnemental prévu au Décret. Voici un extrait de la lettre en question:

Comme vous le savez, le ministère de la Défense nationale rend possible l'organisation d'exercices militaires effectués par certains de nos alliés de l'OTAN à Goose Bay (Labrador). Ces activités durent depuis un certain temps déjà. Nos alliés ont récemment demandé que soient aménagées de nouvelles zones d'exercices aériens répondant à leurs besoins. En outre, l'OTAN recherche un emplacement pour un Centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques dont les activités débuteraient au début des années 1990. Goose Bay est l'une des villes dont la candidature a été retenue pour devenir l'hôte du Centre d'entraînement.

Pour diverses raisons, il me paraît important de renvoyer le projet en examen public avant de prendre une décision définitive. D'une part, les activités proposées risquent d'avoir un impact sur l'environnement et, d'autre part, nous avons pris connaissance des préoccupations du public à l'égard du projet. Je vous demande d'entreprendre une étude officielle sur les

taken in accordance with the Federal Environmental Assessment and Review Process.

The activities to be reviewed are detailed in the attached proposal description and include aircraft flying at supersonic speeds; use of tactical fighter weapons ranges; and, airport expansion, training facilities and infrastructure improvements at Goose Bay itself. I believe it is important to also include those issues associated with the current low level flight training and the increased amount of such training which will begin in the summer of 1986 and continue for an indefinite period. Although Canada is committed to the low level training, I anticipate that the result of a comprehensive review would assist us in designing these activities further to minimize any adverse impact.

This letter of referral carried with it a description of the proposal which was being referred. That description reads in part:

#### PURPOSE OF THE PROJECT

2. The training facilities now available to European based NATO Air Forces are inadequate. Consequently, there is a military need for additional training facilities. This has resulted in four NATO Air Forces operating at Goose Bay on a bilateral basis and additional air forces considering beginning bilateral training operations there. Under term of a Multinational MOU DND will provide to the Allied Users:

a. the use of the Goose Bay airfield, buildings, facilities, infrastructure and equipment as detailed in this MOU and its Annexes;

b. existing or equivalent special use flying areas (approximating those described in the DND Flight Information Publication GPH 205 dated 6 June 1985, Annex A [sic] suitable for the conduct of tactical low level flying training down to 100' above all obstacles within 200' of track under visual meteorological conditions (VMC) during the day; and down to 200' above ground level (AGL) under instrument meteorological conditions (IMC) or during the night, with Terrain Following Radar (TFR); and

c. practice target areas, as may be decided between DND and the Province of Newfoundland, which constitute suitable tactical ranges.

3. In addition, during 1980 the NATO military staff was tasked by the NATO Military Committee to study the feasibility of establishing an integrated Tactical Fighter Weapons Training Centre (TFWTC) as a potential long-term solution for training NATO Air Forces. The TFWTC is expected to be established in the early 1990s and will provide for the entire spectrum of tactical training required to achieve and maintain high standards of combat proficiency in NATO Tactical Air Forces.

activités proposées au Labrador et dans certaines régions du Québec, conformément au Processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement.

L'étude devra porter sur les activités énoncées dans la description du projet ci-jointe, notamment les vols à vitesses supersoniques, l'utilisation de zones d'exercices, de même que l'extension de la base et des installations d'instruction, et les travaux d'agrandissement de l'infrastructure à Goose Bay même. Je crois qu'il est important que l'étude porte également sur les problèmes liés aux exercices à basse altitude actuels et à l'intensification future des vols, qui commencera au début de l'été de 1986 et qui se poursuivra pour une période indéfinie. Le Canada a des engagements en ce qui concerne les exercices à basse altitude et je crois qu'une étude d'impact nous aidera à organiser ces activités de manière à réduire tout impact négatif.

À cette lettre était jointe une description du projet qui était soumis. Voici un extrait de la description:

#### [TRADUCTION] BUT DU PROJET

2. Les installations d'entraînement dont disposent actuellement les forces aériennes de l'OTAN stationnées en Europe sont insuffisantes. En conséquence, on a besoin, sur le plan militaire, d'installations d'entraînement supplémentaires. Actuellement, les forces aériennes de quatre pays membres de l'OTAN mènent des exercices d'entraînement à Goose Bay aux termes d'ententes bilatérales et d'autres forces aériennes envisagent de commencer des opérations d'entraînement selon la même formule bilatérale. Aux termes d'un protocole d'entente multinational, le MDN fournira aux utilisateurs alliés:

a. l'usage de l'aérodrome de Goose Bay et des bâtiments, installations, infrastructures et équipement décrits dans le présent protocole d'entente et ses annexes;

b. des zones de vol à statut spécial (se rapprochant de celles qui sont décrites à l'annexe A [sic] de la Publication d'information de vol du MDN—GPH 205 du 6 juin 1985) appropriées pour l'entraînement au vol tactique à basse altitude; un avion d'entraînement pourra descendre jusqu'à 100' au-dessus de tout obstacle situé à moins de 200' de sa route dans des conditions météorologiques de vol à vue (VMC) durant le jour, et jusqu'à 200' au-dessus du sol (AGL) dans des conditions météorologiques de vol aux instruments (IMC) ou pendant la nuit, avec un radar de suivi de terrain (TFR); et

c. des zones avec cibles d'entraînement, à déterminer par le MDN et la province de Terre-Neuve, qui constituent des polygones de tir acceptables.

3. De plus, au cours de l'année 1980, le personnel militaire de l'OTAN a été chargé par le Comité militaire de l'OTAN d'étudier la faisabilité de la mise sur pied d'un centre intégré d'entraînement de chasse tactique (TFWTC) comme solution à long terme éventuelle au problème de l'entraînement des forces aériennes de l'OTAN. Le centre d'entraînement de chasse tactique (TFWTC) devrait être mis sur pied au début des années quatre-vingt-dix et il fournira toute la gamme d'activités d'entraînement tactique requises pour atteindre et maintenir des normes élevées d'efficacité dans les combats livrés par les forces aériennes tactiques de l'OTAN.



Under the EARP Guidelines Order, when a referral to the Minister of Environment has been made, the Minister of Environment establishes an independent Environmental Assessment Panel to review the proposal.<sup>2</sup> He also establishes, in consultation with the initiating Minister, the terms of reference for that Panel.<sup>3</sup> This was done on July 8, 1986. The terms of reference which issued stated in part:

The review will examine:

- 1) the existing and anticipated low level flight training being carried out in accordance with bilateral agreements with NATO allies; and
- 2) a proposal to establish an integrated Tactical Fighter Weapons Training Centre (TFWTC) for training NATO Air Forces. The proposed TFWTC would require airport and infrastructure expansion, as well as training facilities at Goose Bay and the development of tactical weapons ranges in Labrador.

The Panel will consider the impacts of current, planned and proposed military flight training activities on the quality of the environment and on its natural resources, particularly on wildlife, such as the caribou, which are important to native livelihood.

I have set out the content of these documents at some length because they are important for an understanding of part of the respondent's argument.

It is argued that while the EARP Panel has clearly been empowered to review both the on-going (but increasing) low level flying activities as well as the proposed new NATO Training Centre, the letter of referral sent by the Minister of National Defence to the Minister of the Environment, makes it clear that the first subject-matter was referred for review on a voluntary basis only and not because there was any legal necessity under the EARP Guidelines Order to do so. It is argued that the documentation makes it clear that the Minister of National Defence included a reference to the on-going low level flying activities, in his letter of referral, only for the purpose of seeking a Panel's recommendations with respect to methods which might be taken to mitigate any adverse effects on the environment which the low level flying might have. This was done, it is argued, without any legal obligation to do so.

<sup>2</sup> Ss. 21 and 22 of the *Environmental Assessment and Review process Order* (SOR/84-467).

<sup>3</sup> *Id.*, s. 26.

Aux termes du Décret, lorsqu'une proposition lui est soumise, le ministre de l'Environnement constitue une commission indépendante d'évaluation environnementale qu'il charge d'examiner la proposition<sup>2</sup>. Il établit également, après consultation avec le ministre responsable, le mandat de cette commission<sup>3</sup>. Cela a été fait le 8 juillet 1986. Voici un extrait du mandat:

*b* La commission se penchera sur les aspects suivants:

- 1) les vols d'entraînement à basse altitude se déroulant actuellement et ceux qui sont prévus en application d'ententes bilatérales conclues avec d'autres pays de l'OTAN;
- 2) le projet de mise en place d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques, pour les forces aériennes de l'OTAN. Ce projet nécessiterait l'expansion des installations aéroportuaires et de l'infrastructure, de même que la construction d'installations d'entraînement à Goose Bay et l'aménagement de champs de tir au Labrador.

*d* La commission étudiera dans quelle mesure les vols d'entraînement actuels, prévus et proposés peuvent se répercuter sur la qualité de l'environnement et les ressources naturelles, et plus particulièrement sur les espèces fauniques qui, comme le caribou, occupent une place importante dans le mode de vie autochtone.

*e* J'ai reproduit de larges extraits de ces documents parce qu'ils sont importants pour comprendre une partie de la thèse de l'intimé.

*f* On prétend que même s'il est vrai que la commission d'évaluation environnementale a manifestement été autorisée à examiner tant les opérations actuelles (mais qui s'intensifient) de vol à basse altitude que le nouveau centre d'entraînement de l'OTAN projeté, le ministre de la Défense nationale a bien précisé, dans la lettre explicative qu'il a envoyée au ministre de l'Environnement, qu'il soumettait la première question à la commission pour examen à titre volontaire seulement et non parce qu'il était légalement tenu de le faire aux termes du Décret. On prétend qu'il ressort à l'évidence des documents que le ministre de la Défense nationale n'a mentionné, dans sa lettre explicative, les opérations de vol à basse altitude en cours que dans le but d'obtenir les recommandations de la commission au sujet des moyens qui pouvaient être pris pour réduire les conséquences négatives que les vols à basse altitude pouvaient avoir sur l'environ-

<sup>2</sup> Art. 21 et 22 du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467).

<sup>3</sup> *Id.*, art. 26.

Thus, it is argued that whatever mandatory effects or consequences the EARP Guidelines Order might have in the case of proposals required to be referred to a Panel these should not apply when the referral has been voluntary in nature. That is, if there is an obligation under the EARP Guidelines Order not to proceed with the project being reviewed, until the environmental assessment by the Panel has been completed, this requirement should not apply when a project (existing activities) has been voluntarily referred to a Panel, for advice only.

EARP Guidelines Order—Duty to Complete Environmental Assessment before Proceeding with a Proposal?

It is well established that the provisions of the EARP Guidelines Order are mandatory. It is well established that *mandamus* will lie to compel compliance with the Order, and that *certiorari* will lie to quash a decision which has been made in the absence of compliance with that Order: *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.); affd (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

Unlike other cases which have come before this Court, the issue in this case is not whether a referral under the EARP Guidelines Order should have been made. As has already been noted, the issue is whether once such a referral has been made an obligation arises so that the initiating department or Minister must not proceed with the project under review, until the referral process and review has been completed.

The relevant facts respecting the incomplete process in this case are as follows. As, already noted, on February 13, 1986, the Minister of National Defence referred two subjects to the

nement. Le ministre aurait agi de la sorte sans être aucunement tenu légalement de le faire. Ainsi donc, on prétend que quels que soient les effets ou les conséquences obligatoires que le Décret pourrait avoir sur les propositions qui doivent être soumises à une commission, ces effets ou conséquences ne devraient pas jouer lorsque le renvoi de la proposition est volontaire. En d'autres termes, si le Décret exige qu'on ne réalise pas le projet à l'examen tant que la commission n'a pas terminé son évaluation environnementale, cette exigence ne devrait pas s'appliquer lorsqu'un projet (portant sur des activités existantes) a été volontairement soumis à une commission dans le seul but d'obtenir son opinion.

Le Décret oblige-t-il à terminer l'évaluation environnementale avant de réaliser une proposition?

Il est bien établi que les dispositions du Décret sont impératives. Il est de jurisprudence constante qu'un bref de *mandamus* peut être décerné pour forcer quelqu'un à se conformer au Décret et qu'un bref de *certiorari* peut être décerné pour annuler une décision qui a été rendue sans qu'on se conforme au Décret: *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1<sup>re</sup> inst.); conf. à (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C.A.F.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

À la différence des autres affaires dont notre Cour a été saisie, la question en litige dans la présente affaire n'est pas de savoir si l'on aurait dû procéder au renvoi prévu au Décret. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le débat porte sur la question de savoir si, une fois que l'on a procédé à ce renvoi, le ministère ou le ministre responsable a l'obligation de ne pas réaliser le projet à l'examen tant que le processus de renvoi et d'examen n'est pas terminé.

Voici les faits pertinents en ce qui concerne l'inachèvement du processus dans le cas qui nous occupe. Comme nous l'avons déjà noté, le 13 février 1986, le ministre de la Défense nationale a

Minister of Environment. One relates to what is clearly a new proposal (the establishment of a NATO Training Centre); the other relates to an on-going activity (low level flying training) which has been increasing in intensity over the years. The independent EARP Panel which is required to be established under the EARP Guidelines Order was named on July 8, 1986 and the terms of reference relating to the review by that Panel were made public on the same day. On August 29, 1986 the Panel issued "operational procedures" which would apply for the purposes of public review of the two proposals. It also issued draft guidelines respecting the kind of information concerning the proposal which the Panel expected the initiating department to provide in its Environmental Impact Statement. An Environmental Impact Statement ("EIS") may be sought by the Panel from the proponent of a proposal in accordance with guidelines established by the Panel. See section 30 of the EARP Guidelines Order.

During September and November 1986, the Panel held public meetings in eighteen communities in Newfoundland, Labrador and Quebec to obtain comments on the draft guidelines it had issued on August 29. Final guidelines for the preparation of the EIS were, then, issued by the Panel in January of 1987. The Panel reported, at that time, that the Department of National Defence expected that the EIS would be completed by January 1988. The EIS was released on October 31, 1989, 22 months after its expected release date.

As of the October 1989 date, the Panel indicated that the procedure for review of the EIS would be: (1) distribution of the EIS to the public; (2) review of the EIS by the Panel, which review process it was expected would take at least 90 days; (3) if as a result of this review the Panel decided that the EIS was deficient it would seek further information thereon, from the Department of National Defence, before holding public hearings; (4) when the Panel decided it had sufficient information on the relevant issues, public hearings would be held; (5) the Panel's report to the Ministers would then be prepared; and (6) the final

soumis deux questions au ministre de l'Environnement. La première concerne ce qui constitue de toute évidence une nouvelle proposition (la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN); l'autre a trait à une activité en cours (l'entraînement au vol à basse altitude) qui s'est intensifiée au cours des ans. Les membres de la commission indépendante d'évaluation environnementale qui doit être constituée aux termes du Décret ont été nommés le 8 juillet 1986 et le mandat relatif à l'examen auquel devait procéder cette commission a été rendu public le même jour. Le 29 août 1986, la commission a fait connaître la procédure d'examen public des deux propositions. Elle a également publié un projet de directives concernant le type de renseignements relatifs à la proposition que la commission s'attendait à ce que le ministère responsable fournisse dans son énoncé des incidences environnementales. La commission peut demander au promoteur d'une proposition de fournir un énoncé des incidences environnementales (ÉIE) en conformité avec les directives établies par la commission (voir article 30 du Décret).

Au cours des mois de septembre et de novembre 1986, la commission a organisé des réunions publiques dans dix-huit collectivités de Terre-Neuve, du Labrador et du Québec afin d'obtenir des commentaires sur le projet de directives qu'elle avait établi le 29 août. La commission a rédigé la version finale des directives en vue de la préparation de l'ÉIE en janvier 1987. La commission a alors indiqué que le ministère de la Défense nationale s'attendait à ce que l'ÉIE soit terminé dès le mois de janvier de 1988. L'ÉIE a été publié le 31 octobre 1989, vingt-deux mois après la date prévue de sa publication.

Le 31 octobre 1989, la commission a précisé que le processus d'examen de l'ÉIE comporterait les étapes suivantes: (1) distribution de l'ÉIE au public; (2) examen de l'ÉIE par la commission, ce qui, suivant les prévisions de la commission, nécessiterait au moins 90 jours; (3) demande par la commission d'autres renseignements au ministre de la Défense nationale avant de tenir des audiences publiques si, à la suite de cet examen, la commission décelait des lacunes dans l'ÉIE; (4) tenue d'audiences publiques si la commission estimait avoir reçu suffisamment de renseignements sur les questions pertinentes; (5) rédaction d'un

decision of the Ministers would be made public. As of the date of the hearing before me, on April 3, 1990 the Panel had not yet completed step two, described above. In the middle of the hearing before me, the Panel chose to issue a public announcement that it was not satisfied with the level of information provided to it in the EIS and that it would indeed be calling for further information before holding the public hearings referred to in step four above, which hearings are required by the EARP Guidelines Order.<sup>4</sup> The Panel did not, however, identify the precise areas of deficiency which it found in the EIS; it indicated that it would do so later in April after it had reviewed all the participants' comments respecting that issue. These comments were provided to the Panel as a result of its invitation to members of the public, including the applicant, seeking their comments as to whether the EIS adequately met the guidelines which had been established in January of 1987.

Counsel for the applicant's argument is that the proposal under review cannot be proceeded with until the Panel's assessment is complete and its report has been made to the relevant Ministers. It is argued that the EARP Guidelines Order imposes a duty on the initiating department, when a proposal is referred to an EARP Panel for consideration, not to proceed with the proposal until that review is completed. It is argued that this follows from the wording of specific sections of the EARP Guidelines Order, particularly section 12, as well as from the general scheme and purpose of the Order.

The argument based on the textual provisions of the Order focuses on sections 10, 12, 13 and 20 as well as on sections 3, 6, 18 and 33. Sections 10, 12, 13 and 20 provide:

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)

<sup>4</sup> See: *id.* sections 20, 21, 25, 28 and 29, among others.

rapport à l'intention des ministres; (6) communication publique de la décision finale des ministres. À la date de l'audience qui s'est déroulée devant moi, le 3 avril 1990, la commission n'avait pas terminé la deuxième étape susmentionnée. Au milieu de l'audience qui s'est déroulée devant moi, la commission a décidé d'annoncer publiquement qu'elle n'était pas satisfaite des renseignements qui lui avaient été fournis dans l'ÉIE et elle a déclaré qu'elle demanderait qu'on lui communique des renseignements supplémentaires avant de tenir les audiences publiques prévues à la quatrième étape précitée, dont le Décret exige la tenue<sup>4</sup>. La commission n'a cependant pas précisé les lacunes qu'elle avait relevées dans l'ÉIE; elle a déclaré qu'elle le ferait plus tard au cours du mois d'avril après avoir examiné tous les commentaires formulés par les participants sur cette question. Ces commentaires ont été fournis à la commission à la suite de l'invitation qu'elle a lancée aux membres du public, y compris la requérante, pour obtenir leurs commentaires sur la question de savoir si l'ÉIE respectait suffisamment les directives qui avaient été établies en janvier 1987.

L'avocat de la requérante prétend que l'on ne peut procéder à la réalisation de la proposition à l'examen tant que la commission n'a pas terminé son évaluation et qu'elle n'a pas soumis de rapport aux ministres compétents. Il prétend que lorsqu'une proposition est soumise à une commission d'évaluation environnementale pour examen, le Décret impose au ministre responsable l'obligation de ne pas réaliser la proposition tant que l'examen n'est pas terminé. Il soutient que cela découle du libellé de certains articles du Décret, dont l'article 12, ainsi que de l'économie générale et de l'objet du Décret.

Le moyen tiré du libellé du Décret est fondé sur les articles 10, 12, 13 et 20, ainsi que sur les articles 3, 6, 18 et 33. Les articles 10, 12, 13 et 20 sont ainsi conçus:

10. (1) Le ministre 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.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le

<sup>4</sup> Voir notamment les articles 20, 21, 25, 28 et 29 du Décret.

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

(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 the Panel.

20. Where a determination concerning a proposal is made pursuant to paragraph 12(b), (d) or (e) or section 13, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review. [Underlining added.]

Section 12 requires an initiating department, to undertake an initial screening of a proposal to see whether the proposal will have (1) significant adverse environmental effects or (2) potentially adverse environmental effects that are unknown. If such is the case, or if a proposal is one about which public concern is such that a public review is desirable (section 13), then, the proposal is to be referred to an EARP Panel for review. Counsel's argument is that since, under section 12, it is specifically provided that when a proposal falls under subsections 12(a) or 12(c) it may be proceeded with after initial screening, there is an

ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

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

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

b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11(b), 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.

20. Lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12(b), (d) ou (e) ou à l'article 13, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre pour examen public. [C'est moi qui souligne.]

L'article 12 oblige le ministère responsable à entreprendre un examen préalable de la proposition afin de déterminer si elle aura (1) soit des effets néfastes importants sur l'environnement (2) soit des effets néfastes éventuels inconnus sur l'environnement. Si c'est le cas, ou si les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un examen public souhaitable (article 13), la proposition doit être soumise à une commission d'évaluation environnementale pour examen. L'avocat prétend que, comme l'article 12 prévoit expressément que lorsqu'une proposition tombe sous le coup des alinéas 12(a) ou 12(c) elle peut être réali-

implied obligation not to proceed with a proposal which has been found to fall under subsections 12(b),(d) or (e) and which has been referred to an EARP Panel. He argues that in such cases the Order implicitly imposes on the initiating department and the Minister the obligation not to proceed with the proposal until the public review process has been completed. The argument that such an effect follows when the referral is made only by reason of section 13 is less strongly put.

With respect to the general scheme of the Order, as has been noted, the Panel's procedure involves the holding of public hearings and the preparing of a report for the relevant Ministers. That report is to be made public and the responsible Ministers must then decide to what extent the Panel's recommendations will be incorporated into the proposal. These decisions of the Ministers are also to be made public. Counsel argues that if a proposal could be referred to a Panel for review and proceeded with at the same time, this would undermine the whole purpose of requiring a public review and that it would undermine the whole purpose of the Order.

Counsel's argument on the text of section 12 and on the general scheme and purpose of the Order, is buttressed by the provisions of sections 3, 6, 18 and 33 (set out at page 15 above). He notes that section 3 of the Order states that the review process is one of self-assessment pursuant to which the initiating department "shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure" [underlining added] that the environmental concerns are fully considered. Section 18 imposes an obligation on the Federal Environmental Assessment Review Office to assist the initiating department in obtaining public response to the proposal "early enough in the planning stage that irrevocable decisions will not be taken before public opinion is heard" [underlining added]. And section 33 states that it is the responsibility of the initiating department to decide which of the recommendations of the Panel will be adopted into "the design, construction and operation of the proposal".

sée après l'examen préalable, il existe une obligation implicite de ne pas réaliser une proposition qui tombe sous le coup des alinéas 12b), d) ou e) et qui a été soumise à une commission d'évaluation environnementale. Il soutient qu'en pareil cas, le Décret impose implicitement au ministère responsable et au ministre l'obligation de ne pas réaliser la proposition tant que le processus d'examen public n'est pas terminé. L'argument suivant lequel l'effet est le même lorsque le renvoi se fonde uniquement sur l'article 13 est moins convaincant.

En ce qui concerne l'économie générale du Décret, comme nous l'avons signalé, la procédure que doit suivre la commission suppose la tenue d'audiences publiques et la rédaction d'un rapport à l'intention des ministres compétents. Ce rapport doit être rendu public et les ministres responsables doivent ensuite décider dans quelle mesure les recommandations de la commission seront incluses dans la proposition. Ces décisions des ministres doivent également être rendues publiques. L'avocat affirme que si une proposition pouvait être à la fois soumise à une commission pour examen et être réalisée, cela contrecarrerait le but poursuivi en exigeant un examen public et ferait échec à l'objet du Décret.

Le moyen que l'avocat tire du libellé de l'article 12 ainsi que de l'économie générale du Décret est étayé par les dispositions des articles 3, 6, 18 et 33 (reproduits à la page 15). Il remarque que l'article 3 du Décret déclare que le processus d'examen est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministre responsable «examine [les répercussions environnementales], le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables [soulignements ajoutés]. L'article 18 impose au Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales l'obligation d'aider le ministère responsable à obtenir la réaction du public à la proposition «assez tôt au cours de l'étape de planification pour s'assurer que des décisions irrévocables ne sont pas prises avant que l'opinion du public soit entendue» [soulignements ajoutés]. Et l'article 33 déclare qu'il incombe au ministre responsable de décider quelles recommandations de la commission seront prises en considération dans «la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition».

I initially considered counsel's argument, that there was an implied obligation, under the terms of the Order when read in the light of its purpose, to stop the progress of any proposal once it was referred for review, to be well founded. On reflection I have come to a different conclusion. I do not think the text of the EARP Guidelines Order can bear that interpretation. As has been noted, there is nothing in the Order which expressly requires that a project be halted until the review is complete. In most cases, this might very well occur as a matter of practice. It would clearly be the prudent course of action for a department to follow. But there is no express mandatory obligation of this nature found in the Order. Secondly, the reference to an assessment being carried out before irrevocable decisions are taken, in section 3, relates to the self-assessment process which the initiating department must undertake. It does not relate to the EARP Panel process. The provisions are silent with respect to what happens when a proposal has been referred for review. Section 18 relates to the obligations of the Federal Environmental Assessment Review Office and thus cannot be seen as the foundation of a mandatory stop order to the Minister. And, in so far as section 33 is concerned, while a department has to make decisions as to which of a Panel's recommendations it will adopt, the section does not expressly state that the proposal in question must be halted until the review process is complete.

In addition, an implied mandatory obligation to halt the proposal does not accord well with the general scheme of the Order and with its other provisions. Under the Order initiating departments and Ministers are able to ignore whatever recommendations a Panel might make. They, of course, do so at their peril in so far as public opinion is concerned. Under the scheme of the Order it is the watchful eye of public opinion which is to operate as the leverage to ensure that environmentally responsible decisions are taken. It is entirely consistent with this mechanism, then, that the regime which operates during the course of the panel review process, in so far as any obligation may exist not to proceed with the project is concerned,

J'avais d'abord jugé bien fondée la prétention de l'avocat voulant que, lorsqu'on l'interprète en tenant compte de son objet, le Décret exige implicitement que l'on interrompe toute proposition dès qu'elle est soumise pour examen. Toute réflexion faite, j'en viens à une conclusion différente. Je ne crois pas que le texte du Décret justifie cette interprétation. Comme nous l'avons fait remarquer, il n'y a rien dans le Décret qui exige expressément que l'on interrompe un projet tant que l'examen n'est pas terminé. Dans la plupart des cas, il est fort possible que c'est ce qui se produit en pratique. Cela serait sûrement une façon prudente d'agir pour un ministère. Mais on ne trouve aucune obligation impérative expresse de ce genre dans le Décret. En deuxième lieu, l'évaluation qui doit être effectuée aux termes de l'article 3 avant que des décisions irrévocables ne soient prises concerne le processus d'auto-évaluation que le ministère responsable doit entreprendre. Elle n'a rien à voir avec le processus de la commission d'évaluation environnementale. Le Décret est muet sur la question de savoir ce qui se produit lorsqu'une proposition a été renvoyée pour examen. L'article 18 a trait aux obligations du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales et ne saurait donc être considéré comme le fondement de l'ordonnance mandatoire de suspension adressée au ministre. Et, en ce qui concerne l'article 33, même s'il est vrai que le ministère doit décider quelles sont les recommandations de la commission qu'il adoptera, l'article ne déclare pas expressément que la proposition en question doit être suspendue tant que le processus d'examen n'est pas terminé.

De surcroît, une obligation impérative implicite de suspendre la proposition cadre mal avec l'économie générale du Décret et avec ses autres dispositions. Le Décret permet aux ministères et aux ministres responsables de ne pas tenir compte des recommandations de la commission. Ils le font évidemment à leurs risques et périls au regard de l'opinion publique. Selon l'économie du Décret, c'est l'œil vigilant de l'opinion publique qui sert de force de levier pour garantir que des décisions responsables sont prises sur le plan de l'environnement. Il est donc tout à fait logique que le régime qui s'applique au cours du processus d'examen de la commission soit d'un caractère semblable, dans la mesure où il peut exister une obligation de ne

would be of a similar nature. In my view, any obligation not to proceed while the project is under review also depends for "enforcement" on the pressure of public opinion and the adverse publicity which will attach to a contrary course of action.

In this regard it is clear that the Minister in this case initially at least intended that the review process be completed before any decision respecting a NATO Training Centre was taken. The referral letter of February 13, 1986 clearly indicates this. A subsequent letter, to the Panel, dated July 25, 1989, indicates that the Minister did not consider that he could proceed with respect to the NATO Training Centre until the Panel had provided at least an interim report. And before me counsel for the Minister, speaking on his behalf, indicated that the Minister had no intention of proceeding with such an initiative until after the Panel's report was received.

Another feature of the review scheme set out in the Order which argues for the conclusion that there is no mandatory legal obligation not to proceed in circumstances such as exist in this case, is the fact that once a proposal is referred to a Panel for consideration, the initiating department has in effect lost all control over the timing of the Panel's procedures. A Panel could thereby permanently stop any proposal referred to it by mere inaction. In my view, if it had been intended that a referral under the EARP Guidelines Order should have the mandatory effect for which counsel argues, some further provisions respecting the time limits within which the review procedure would have to be completed and some provisions concerning the consequences of delay would have been included in the provisions of the Order.

#### Mandamus and Certiorari—Discretionary Remedies

There are other reasons which would lead me to refuse to issue one of the orders sought in this case. The orders sought, *mandamus* and *certiorari*, are discretionary remedies: see generally de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. 1980, pages 557 ff. Counsel for the applicant

pas réaliser le projet. À mon avis, le «respect» de l'obligation de ne pas réaliser le projet alors que celui-ci est à l'examen dépend également de la pression de l'opinion publique et de la publicité négative qu'une ligne de conduite contraire comporterait.

À cet égard, il est clair que dans le cas qui nous occupe, le ministre voulait, à tout le moins au début, que le processus d'examen soit terminé avant de prendre une décision au sujet de la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN. Cela ressort à l'évidence de la lettre explicative du 13 février 1986. Une lettre subséquente, qui porte la date du 25 juillet 1989 et qui est adressée à la commission, indique que le ministre estimait qu'il ne pouvait procéder à la mise sur pied du centre d'entraînement de l'OTAN tant que la commission n'aurait pas fourni à tout le moins un rapport provisoire. Et devant moi l'avocat du ministre, qui s'exprimait au nom de ce dernier, a déclaré que le ministre n'avait pas l'intention de réaliser ce projet tant qu'il n'aurait pas reçu le rapport de la commission.

Une autre particularité du mécanisme d'examen prévu au Décret qui nous amène à conclure qu'il n'existe pas d'obligation légale impérative de ne pas réaliser une proposition dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce est le fait qu'une fois qu'une proposition est soumise à une commission pour examen, le ministère responsable perd de fait tout contrôle sur la durée de la procédure de la commission. Une commission pourrait en conséquence suspendre une proposition qui lui a été soumise par sa simple inaction. À mon avis, si l'on avait voulu que le renvoi prévu au Décret ait l'effet obligatoire que prétend l'avocat, on aurait inclus dans le Décret d'autres dispositions concernant le délai dans lequel le processus d'examen doit être terminé et certaines dispositions concernant les conséquences d'un retard.

#### Brefs de mandamus et de certiorari—recours discrétionnaires

Il y a d'autres raisons qui m'amèneraient à refuser de décerner l'une des ordonnances sollicitées en l'espèce. Les ordonnances demandées, à savoir le bref de *mandamus* et le bref de *certiorari*, sont des recours discrétionnaires (voir de façon générale de Smith's *Judicial Review of Adminis-*



argued that Mr. Justice Cullen, in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.) held that *mandamus* was not discretionary when there was a statutory duty on the Minister which was to be enforced. I do not read Mr. Justice Cullen's decision in this way. He was merely describing the factors relevant to the issuance of a *mandamus* order; he was not drawing the conclusion which counsel suggests. In order to obtain *mandamus* it is always necessary to find that there is a statutory or legal duty to be enforced. It is only after that requirement has been met that one, then, asks whether there are particular reasons which as a matter of discretion should lead a court to refuse to issue the order in the particular case.

In this case, there are many reasons why a court would not be quick to issue the order sought to prevent the low flying training activity which has been on-going for many years (albeit increasing in intensity).

Of overwhelming importance is the effect which such an order would have on the Goose Bay-Happy Valley communities. There is every reason to believe that, if an order was given requiring that the low level flying training cease, substantial prejudice would be suffered by those communities. CFB Goose Bay, as currently established, exists solely to support the NATO low level flying training. (About 1,700 direct and indirect civilian jobs in the area depend on the military base.) In the event that low level flying training was suspended, there is evidence which indicates that this might very well result in a permanent curtailment of those activities. This in turn would result in massive lay-offs, loss of investment and expenditures for the civilian and military populations of those communities. In addition, Canada would have to pay compensation to the NATO members for the residual value of their investments and presumably for the dislocation arising out of such disbanding. At the very least, an order of the nature sought would result in extensive disruption, dislocation and prejudice to the civilian population of Happy Valley-Goose Bay, to Canadian military personnel

*trative Action*, 4<sup>e</sup> éd., 1980, pages 557 et suivantes). L'avocat de la requérante prétend que dans le jugement *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Cullen a statué que le bref de *mandamus* n'était pas discrétionnaire lorsque la loi impose au ministre une obligation qui devait être exécutée. Ce n'est pas l'interprétation que je fais de la décision du juge Cullen. Il expliquait simplement les facteurs qui sont pertinents lorsqu'il s'agit de décerner un bref de *mandamus*; il n'a pas tiré la conclusion que l'avocat suggère. Pour obtenir un bref de *mandamus*, il est toujours nécessaire de conclure qu'il existe une obligation prévue par la loi qui doit être exécutée. Ce n'est qu'après que cette condition a été respectée qu'on peut se demander s'il existe des raisons particulières qui justifient le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser de prononcer l'ordonnance dans un cas donné.

En l'espèce, il y a de nombreuses raisons pour lesquelles un tribunal hésiterait à prononcer l'ordonnance demandée pour interdire les vols à basse altitude qui sont effectués depuis de nombreuses années (mais qui s'intensifient).

Avant tout, il y a l'effet très important qu'une telle ordonnance aurait sur les collectivités de Goose Bay et de Happy Valley. Il y a toute raison de croire que si la Cour ordonnait la cessation de l'entraînement au vol à basse altitude, ces collectivités subiraient un préjudice important. Sous sa forme actuelle, la base des Forces canadiennes de Goose Bay n'a qu'un rôle d'appui en ce qui concerne l'entraînement au vol à basse altitude (environ 1 700 emplois civils directs et indirects dépendent de la base militaire). Advenant la suspension de l'entraînement au vol à basse altitude, certains éléments de preuve permettent de croire qu'il pourrait fort bien en résulter une réduction permanente de ces activités. Cela entraînerait par ailleurs des congédiements massifs, une perte d'investissement, ainsi que des dépenses pour les populations civiles et militaires de ces collectivités. De plus, le Canada serait obligé de verser une indemnité aux membres de l'OTAN pour la valeur résiduelle de leurs investissements et serait aussi vraisemblablement obligé de leur verser une indemnité pour les bouleversements causés par cette dissolution. Le prononcé d'une ordonnance de cette nature cause-

and their families and to members of the Air Forces of the NATO members referred to herein.

At the same time, the members of the aboriginal communities who are represented by the applicant, in this case, will suffer little prejudice as a result of a refusal to issue the order. They will lose no rights which they presently have. The environmental concerns of the applicant and of others will be addressed by the EARP Panel in the course of its environmental assessment. The refusal to grant the order sought will not prejudice that process. Whatever recommendations arise therefrom will have to be considered by the Minister. At the foundation of this application is a disputed, but unsettled, land claim. But that claim cannot be resolved in the context of the present proceedings. That claim must be resolved in the ordinary way, by court proceedings directed to that purpose if necessary. Those issues are not relevant to the present application.

If there was clear evidence that the effect on the environment of the on-going and increasing low level flying activity was extensive and damaging, that would be a factor which would lead a court to grant the order sought. But, there was no such clear evidence placed before me. There is a lot of speculative and hypothetical comment set out in some of the material which was filed but no concrete evidence that the low level flying as presently being carried out is causing extensive environmental damage. There are a lot of summary criticisms of the EIS in the materials filed. These are often incomplete and pulled out of the context in which they belong. Many are totally irrelevant to environmental issues. In any event, as counsel for the applicant rightly pointed out, the question of environmental impact is the issue which the Panel must decide; it is not directly before me. At the same time, the absence of any clear and unequivocal evidence respecting significant environmental

rait à tout le moins une perturbation, un bouleversement et un préjudice considérables à la population civile de Happy Valley et de Goose Bay, ainsi qu'aux militaires canadiens et à leurs familles, sans parler des membres des forces aériennes de l'OTAN susmentionnés.

Par ailleurs, les membres des collectivités autochtones qui sont représentées en l'espèce par la requérante subiront un préjudice minime en raison du refus de prononcer l'ordonnance. Ils ne perdront aucun des droits qu'ils possèdent présentement. Les préoccupations environnementales de la requérante et d'autres personnes seront examinées par la commission d'évaluation environnementale au cours de son évaluation environnementale. Le refus d'accorder l'ordonnance demandée ne portera pas atteinte à ce processus. Le ministre devra prendre en considération les recommandations qui seront formulées à la suite de cet examen. À la base de la présente requête, il y a une revendication territoriale contestée, mais non réglée. Mais cette revendication ne peut être résolue dans le cadre de la présente instance. Elle doit être résolue de la façon habituelle, au moyen d'une poursuite judiciaire engagée au besoin dans ce but. Ces questions n'ont aucun rapport avec la présente requête.

Si on lui présentait des preuves patentes démontrant que les vols à basse altitude qui sont actuellement effectués avec une intensité croissante ont des incidences importantes et dommageables sur l'environnement, le tribunal serait amené à accorder l'ordonnance demandée. Mais on ne m'a présenté aucune telle preuve patente. Dans les pièces qui ont été produites, on formule beaucoup de commentaires spéculatifs et hypothétiques mais aucune preuve concrète démontrant que les vols à basse altitude présentement effectués causent des dommages considérables à l'environnement. On formule de nombreuses critiques sommaires au sujet de l'ÉIE dans les pièces produites. Elles sont souvent incomplètes et sorties de leur contexte. Beaucoup d'entre elles n'ont absolument rien à voir avec les questions environnementales. De toute façon, ainsi que l'avocat de la requérante l'a à juste titre souligné, la question des incidences environnementales est la question que la commis-

damage is a factor that is relevant in refusing the order sought.

Of some significance, also, in refusing an order of *mandamus* or *certiorari* is the fact that this action could have been commenced by the applicant, at least four years ago. Delay is always a factor in the case of discretionary remedies. Counsel for the applicant argues that the applicant has been involved in the environmental review process and was anticipating that that process would have been completed before now. That is understandable but I am not convinced that this justifies a delay in commencing a court action of the length which exists here. In this regard, while the number of training flights are increasing they are not significantly different in number from those of recent years and there is absolutely no evidence to suggest that the increase is having any dramatically different effect on the environment than was previously the case.

Another very significant factor, which in my view requires the refusal of the issuance of the order concerning the on-going low level flying activity, is the fact that the members of the communities represented by the applicant who are bringing this action have refused to co-operate in any way in order to mitigate the effects which the low level flying training might have on them. They have refused to disclose the location of their camps so that their camps can be avoided by the aircraft engaged in the low flying activities. The extent of the area over which low level flying training takes place, as noted above, is approximately equal to the size of the provinces of New Brunswick and Nova Scotia combined. There is no precise information as to exactly the number of people, represented by the applicant in these proceedings, who fly into this area for hunting and fishing purposes. However, it seems clear that the number is in the order of about 100 people; certainly no more than 200 are involved. Also, there is no reason to think that all 100 are present in the relevant areas at the same time. And, they are not there in the summer-

sion doit trancher et cette question ne m'a pas été directement soumise. Par ailleurs, l'absence d'éléments de preuve patents et univoques concernant les dommages importants causés à l'environnement est un facteur dont on peut tenir compte pour refuser de prononcer l'ordonnance demandée.

De plus, pour refuser de prononcer une ordonnance de *mandamus* ou de *certiorari*, le fait que la présente action aurait pu être introduite par la requérante il y a au moins quatre ans a une certaine importance. Le retard est toujours un facteur qui entre en ligne de compte dans le cas des recours discrétionnaires. L'avocat de la requérante fait valoir que la requérante a participé au processus d'examen environnemental et qu'elle s'attendait à ce que le processus soit terminé plus tôt. Cela est compréhensible, mais je ne suis pas convaincue que cela justifie qu'on ait attendu aussi longtemps pour entamer une action en justice. À cet égard, bien qu'il soit à la hausse, le nombre de vols d'entraînement n'a pas augmenté sensiblement au cours des dernières années et il n'y a absolument aucune preuve qui permette de croire que l'augmentation ait sur l'environnement des incidences qui sont radicalement différentes de celles qui existaient antérieurement.

Un autre facteur très important, qui exige à mon avis qu'on refuse de prononcer l'ordonnance concernant les activités actuelles de vol à basse altitude, est le fait que les membres des collectivités représentées par la requérante qui intentent la présente action ont refusé de collaborer de quelque façon que ce soit pour atténuer les effets que l'entraînement au vol à basse altitude pouvaient avoir sur eux. Ils ont refusé de divulguer l'emplacement de leurs campements pour que les avions se livrant à des activités de vols à basse altitude les évitent. L'étendue du territoire au-dessus duquel l'entraînement au vol à basse altitude se déroule est, comme nous l'avons déjà noté, à peu près équivalent à la superficie des provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse combinées. Il n'y a pas de renseignement précis concernant le nombre exact de personnes, qui sont représentées par la requérante à l'instance, qui se rendent dans ce secteur par avion pour y pratiquer la chasse et la pêche. Il semble cependant clair que ce chiffre est de l'ordre d'une centaine de personnes et qu'il n'y a certainement pas plus de 200

time when the low level flying activity is most intense.

The military have a policy of ordering pilots to avoid all camps and some concentrations of wild-life (e.g., caribou herds) when the location of such is known. If information is given to the military with respect to the location of a camp, pilots are ordered not to fly within a three-mile radius thereof. All the camps have high frequency radios and can notify the military of their location. Other aboriginal groups who use the low level flying territory for hunting and fishing purposes would appear to co-operate in this way. At least, there is a large quantity of documentation, in evidence, showing the reported location of camps during the years 1986-89 for which avoidance orders were issued. The camps whose locations are reported are in general avoided although there are on occasion mistakes made. The individuals represented by the applicant in these proceedings refuse to co-operate in this way. They take the position that such co-operation would amount to condoning the low flying activity. This is not valid reasoning. One can mitigate the effects of injurious actions which might be taken by others without condoning them. The refusal to co-operate does, of course, raise the question in a person's mind as to whether or not much use is being made of the territory in question at all by the individuals presently before the Court. That is a natural inference which arises from the conduct in question. In any event, the conduct militates against the issuance of *mandamus* and *certiorari* orders.

Most of the considerations which would lead a court, as a matter of discretion, not to issue a stop order respecting the low level flying, of course, do not apply to the establishment of a new NATO Training Centre which is a completely new initiative.

personnes qui sont en cause. De plus, rien ne permet de penser que ces cent personnes sont toutes présentes en même temps dans les zones pertinentes. Et elles ne s'y trouvent pas l'été lorsque les activités de vol à basse altitude sont les plus intenses.

Au sein des Forces, on a pour politique de donner aux pilotes l'ordre d'éviter tous les campements et certains secteurs où se concentrent les animaux sauvages (par ex., les troupeaux de caribous) lorsqu'on en connaît l'emplacement. Si les Forces sont informées de l'emplacement d'un campement, elles donnent pour instruction aux pilotes de ne pas voler dans un rayon de trois milles de cet emplacement. Tous les campements sont équipés de radios décamétriques et peuvent signaler leur emplacement aux Forces. Il semble que d'autres groupes autochtones qui utilisent les territoires où se déroulent les vols à basse altitude pour y pratiquer la chasse et la pêche collaborent de cette façon. On a du moins déposé en preuve une grande quantité de documents montrant l'emplacement signalé de campements au cours des années 1986 à 1989 pour lesquels des ordres d'évitement ont été donnés. On évite en règle générale les campements dont l'emplacement est signalé, même s'il arrive qu'on fasse des erreurs. Les individus représentés par la requérante à l'instance ont refusé de collaborer de cette façon. Ils prétendent qu'en collaborant de la sorte, ils fermeraient les yeux sur les activités de vol à basse altitude. Ce raisonnement est mal fondé. On peut atténuer les conséquences des actes préjudiciables accomplis par d'autres personnes sans fermer les yeux sur ces actes. Le refus de collaborer nous amène évidemment à nous demander si les individus qui sont présentement devant la Cour utilisent beaucoup le territoire en question. C'est une inférence qui découle naturellement du comportement en question. De toute façon, le comportement milite contre le prononcé des ordonnances de *mandamus* et de *certiorari*.

La plupart des considérations qui amèneraient un tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à ne pas prononcer d'ordonnance de suspension concernant le vol à basse altitude ne s'appliquent évidemment pas à la mise sur pied du nouveau centre d'entraînement de l'OTAN, qui représente une entreprise entièrement nouvelle.

### Conclusion

As is obvious from what has been set out above, this case raises a number of interesting issues. Among them are: when, if ever, does an activity which pre-existed the issuance of the EARP Guidelines Order but which is increasing in magnitude fall within the scope of that Order; what is the effect if a Minister refers a matter for review to a Panel even if not strictly required by the Order to do so; should an on-going activity which is thus referred or which becomes subject to the Order by virtue of some dramatic change in its quality or character be subject to the same requirements on referral to a Panel as if it were an entirely new initiative (i.e., if there is an obligation to halt a proposal until the review process is completed does this apply). In any event, as appears from the above reasons, it is not necessary for me to deal with these issues because I am of the view that regardless of the answers thereto, the applicant could not succeed in this case. I do not think the EARP Guidelines Order can be interpreted as imposing a mandatory "stop" order on the Minister after a project has been referred for review under that Order. In addition, with respect to any order which might issue to stop the low level flying activity as opposed to the establishment of a NATO Training Centre, there are numerous factors which dictate that such an order should not, in any event, be given. Most important among them is the considerable prejudice such an order would visit upon a large number of people who are not represented before the Court as compared to the minimal prejudice which the applicant will suffer as a result of a refusal to issue the order.

For the reasons given the application is dismissed.

### Conclusion

Ainsi qu'il ressort à l'évidence de ce qui précède, la présente affaire soulève plusieurs questions intéressantes. En voici quelques-unes: Dans quels cas une activité qui existait avant l'entrée en vigueur du Décret mais dont l'ampleur ne cesse d'augmenter tombe-t-elle sous le coup du Décret? Qu'arrive-t-il lorsqu'un ministre soumet une affaire à une commission pour examen même s'il n'est pas strictement tenu de le faire aux termes du Décret? Une activité en cours qui est ainsi soumise ou qui devient assujettie au Décret en raison d'un changement radical dans sa qualité ou sa nature devrait-elle être soumise aux mêmes exigences en cas de renvoi à une commission comme s'il s'agissait d'une entreprise entièrement nouvelle (c.-à-d., si l'on doit suspendre la proposition jusqu'à ce que le processus d'examen soit terminé, cela s'applique-t-il)? En tout état de cause, comme il ressort des motifs précités, il ne m'est pas nécessaire d'examiner ces questions, parce que je suis d'avis qu'indépendamment des réponses qu'on leur donnerait, la requérante ne pourrait obtenir gain de cause en l'espèce. Je ne crois pas que l'on puisse considérer que le Décret oblige le ministre à «suspendre» un projet après qu'il a été soumis à un examen en vertu du Décret en question. De plus, en ce qui concerne l'ordonnance qui pourrait être prononcée pour suspendre les activités de vol à basse altitude par opposition à la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN, il y a de nombreux facteurs qui nous amènent en tout état de cause à ne pas prononcer une telle ordonnance. Le facteur le plus important est le préjudice considérable qu'une telle ordonnance ferait subir à beaucoup de personnes qui ne sont pas représentées devant la Cour en comparaison du préjudice minimal que la requérante subira par suite du refus de prononcer l'ordonnance.

Par ces motifs, la requête est rejetée.