

A-48-90

A-48-90

Edelbert Tetzlaff and Harold Tetzlaff (*Appellants/Cross respondents*)

v.

Minister of the Environment (*Respondent*)

and

Saskatchewan Water Corporation (*Respondent/Cross appellant*)

INDEXED AS: CANADIAN WILDLIFE FEDERATION INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Urie and Linden J.J.A.—Winnipeg, November 22 and 23; Ottawa, December 21, 1990.

Environment — Rafferty-Alameda Project — Minister of Environment issuing licence to proceed with construction of dams without appointing Environmental Assessment Panel to conduct public review of environmental effects — Initial Environmental Evaluation finding some adverse environmental impacts with varying degrees of mitigation — Trial Judge directing appointment of Panel by certain date or licence would be quashed — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO), s. 12(c) eliminating need for environmental review where adverse environmental effects “insignificant” or “mitigable with known technology” — Two terms equivalent — No express or implied obligation in EARPGO to await Panel report before issuing licence — Political accountability real sanction for not awaiting report.

Judicial review — Appeal and cross-appeal against Trial Judge’s order directing Minister of Environment to appoint Environmental Assessment Panel by certain date on pain of dam construction licence being quashed — Finding Minister misconstrued Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, s. 12(c) — Reference to Initial Environmental Evaluation not to second-guess Minister, but to apply facts to correct legal interpretation of s. 12(c) — Not applying wrong standard of judicial review.

This was an appeal and cross-appeal from an order directing the Minister of the Environment to appoint an Environmental Assessment Panel under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO) to conduct a public review of certain environmental effects of the Rafferty-Alameda Project and further directing that, if the Panel was not named by January 30, 1990, the construction licence issued to Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water) pursuant to the *International River Improvements Act* be quashed. The

Edelbert Tetzlaff et Harold Tetzlaff (*appelants/intimés au reconventionnel*)

a c.

Ministre de l’Environnement (*intimé*)

et

b **Saskatchewan Water Corporation** (*intimée/appellante au reconventionnel*)

RÉPERTORIÉ: FÉDÉRATION CANADIENNE DE LA FAUNE INC. c. CANADA (MINISTRE DE L’ENVIRONNEMENT) (C.A.)

c Cour d’appel, juge en chef Iacobucci, juges Urie et Linden, J.C.A.—Winnipeg, 22 et 23 novembre; Ottawa, 21 décembre 1990.

Environnement — Projet Rafferty-Alameda — Le ministre de l’Environnement a délivré le permis pour la construction des barrages sans constituer une commission pour entreprendre l’examen public des effets environnementaux — Le rapport de l’évaluation environnementale initiale a conclu à certains effets environnementaux néfastes et diverses mesures d’atténuation possibles — Le juge de première instance a ordonné la constitution d’une commission avant une certaine date, à défaut de quoi le permis serait annulé — L’art. 12c) du Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement (Lignes directrices) dispense de l’examen environnemental si les effets néfastes sont «minimes» ou «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» — Ces deux termes sont équivalents — Les Lignes directrices ne prévoient aucune obligation, expresse ou implicite, d’attendre le rapport de la commission d’enquête avant de délivrer le permis — La responsabilité politique est la sanction du défaut d’attendre le rapport.

Contrôle judiciaire — Appel et appel reconventionnel contre l’ordonnance par laquelle le juge de première instance a enjoint au ministre de l’Environnement de constituer une commission d’examen de l’évaluation environnementale dans un certain délai sous peine d’annulation du permis de construire les barrages — Jugé que le ministre a mal interprété l’art. 12c) du Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement — L’évocation du rapport de l’évaluation environnementale initiale ne visait pas à se mettre à la place du ministre après coup, mais à appliquer aux faits l’interprétation juridique correcte de l’art. 12c) — Il n’y a pas eu application de la mauvaise norme de contrôle judiciaire.

i Appel et appel reconventionnel contre une ordonnance enjoignant au ministre de l’Environnement de constituer, conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement* et au 30 janvier 1990 au plus tard, une commission chargée d’entreprendre l’examen public de certains effets environnementaux du projet de barrage Rafferty-Alameda, faute de quoi le permis de construction délivré à la Saskatchewan Water Corporation (Sask. Water) en application de la *Loi sur les ouvrages desti-*

Project involved the construction of two dams. An Initial Environmental Evaluation (IEE) had been prepared. It suggested that the altered flows and lake levels caused by the Project would likely produce some adverse environmental impacts with varying degrees of mitigation available. Public meetings were held in Saskatchewan, Manitoba and North Dakota. After referring to the IEE and the public meetings which had taken place, the Minister found that any impacts could be almost entirely mitigated and issued a licence without appointing a Panel to conduct a public review. EARPGO, paragraph 12(c) provides that a proposal may proceed if the potentially adverse environmental effects are insignificant or mitigable with known technology. The Trial Judge reviewed the material before the Minister which formed the basis for the Minister's decision, including the IEE. He identified various environmental impacts and discussed information deficiencies that made certain conclusions doubtful. In addition, Muldoon J. reviewed what was said in the IEE as to the availability of mitigation measures. Finally, he interpreted the EARPGO provisions dealing with public review and applied that interpretation to the material before him. He held that the Minister had acted unlawfully in not appointing a Panel pursuant to sections 20 to 32 of the EARPGO. The appellants argued that the Trial Judge had correctly ordered compliance with EARPGO by requiring the appointment of a Panel, but that he should have quashed the licence absolutely. They argued that EARPGO, sections 3, 18, 31 and 33 evince an intention that the Minister must await the Panel's report before issuing a licence. Sask. Water argued that the Trial Judge erred in his interpretation of "mitigable with known technology" in EARPGO, paragraph 12(c). It argued that if paragraph 12(c) is read in conjunction with section 14, mitigation measures do not have to eliminate any potentially adverse effects to qualify under paragraph 12(c), and that it is sufficient if the Minister determines that they could prevent the adverse effects from becoming significant. Sask. Water also argued that the Trial Judge applied the wrong standard of judicial review in reviewing the Minister's findings of opinion and fact relating to the Project, and, rather than confining himself to the question of whether the Minister had erred in law or jurisdiction, he erroneously reviewed the correctness of those findings on their merits. The issues were whether EARPGO requires not only referral to a Panel for public review but also that its report be considered by the Minister prior to issuing a licence; and whether the Trial Judge applied the wrong standard of judicial review.

Held, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

The Trial Judge correctly interpreted paragraph 12(c) and found the Minister's interpretation and conclusion to be erroneous. The two bases in paragraph 12(c) for deciding whether public review is warranted should be interpreted in the same way so that "mitigable with known technology" is equivalent to "insignificant" without applying known technology. "Mitigable

nés à l'amélioration des cours d'eau internationaux serait annulé. Le projet consistait en la construction de deux barrages. Selon le rapport de l'évaluation environnementale initiale (REI), les changements que provoquerait le projet dans les débits et les niveaux des lacs devaient avoir certains effets environnementaux néfastes, avec diverses mesures d'atténuation disponibles. Des audiences publiques ont eu lieu en Saskatchewan, au Manitoba et au Dakota du Nord. À la lumière du REI et des audiences publiques, le ministre a conclu à la possibilité d'atténuer presque entièrement la plupart des incidences négatives et a délivré le permis sans constituer une commission chargée d'entreprendre un examen public. L'alinéa 12c) des Lignes directrices prévoit qu'une proposition peut être entreprise si les effets qu'elle peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues. Le juge de première instance a examiné la documentation sur laquelle était fondée la décision du ministre, dont le REI. Il a relevé les divers effets environnementaux et analysé les insuffisances d'information qui rendaient douteuses certaines conclusions. En outre, le juge Muldoon a examiné certaines assertions contenues dans le REI au sujet des possibilités d'atténuation. Enfin, il a interprété les dispositions des Lignes directrices relatives à l'examen public et appliqué cette interprétation aux faits dont il avait été saisi. Il a conclu que la décision du ministre de ne pas constituer une commission conformément aux articles 20 à 32 des Lignes directrices était illicite. Les appelants soutiennent que le juge de première instance a eu raison d'ordonner l'observation des Lignes directrices par la constitution d'une commission, mais qu'il aurait dû annuler sans conditions le permis. Ils soutiennent qu'il ressort des articles 3, 18, 31 et 33 des Lignes directrices que le ministre doit attendre le rapport de la commission avant de délivrer le permis. Sask. Water fait valoir que le juge de première instance a mal interprété les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» figurant à l'alinéa 12c) des Lignes directrices; que si on interprète cette dernière disposition à la lumière de l'article 14, les mesures d'atténuation ne doivent pas nécessairement éliminer tout effet néfaste potentiel pour tomber dans le champ d'application de l'alinéa 12c); et qu'il suffirait que le ministre conclue qu'elles peuvent empêcher les effets néfastes de prendre de l'ampleur. Sask. Water soutient aussi que le juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas à l'avis et aux conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet, et qu'au lieu de se limiter à la question de savoir si le ministre avait commis une erreur de droit ou de compétence, il a exercé à tort un contrôle au fond de ces conclusions. Il échet d'examiner si les Lignes directrices exigent non seulement que la proposition soit soumise à l'examen public par une commission, mais aussi que le ministre prenne en considération le rapport de cette dernière avant de délivrer le permis; et aussi si le juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas.

Arrêt: l'appel principal et l'appel reconventionnel doivent être rejetés.

Le juge de première instance a correctement interprété l'alinéa 12c) et a conclu à juste titre que l'interprétation et la conclusion qu'en tirait le ministre étaient erronées. Les deux fondements, prévus à l'alinéa 12c), de la question de savoir si l'examen public est justifié doivent être interprétés de la même façon, savoir que les mots «peuvent être atténués par l'applica-

with known technology” should be interpreted as meaning “renderable insignificant with known technology”. Thus, there are only two conditions envisioned in paragraph 12(c): insignificant or significant. There cannot be a third condition of “less than significant” because it would be impossible to determine with any consistency. If an effect is not insignificant, it is by definition significant, and only when environmental effects are insignificant or with the application of known technology rendered insignificant can public review be avoided. If this interpretation will mean mandatory public reviews in almost every case, that is a natural consequence of the words chosen and highlights the importance of the public review in matters of this kind. Section 14 puts an obligation on initiating departments to ensure that mitigation and compensation measures are applied to prevent “potentially adverse environmental effects . . . from becoming significant. As there are only significant and insignificant environmental effects, “effects from becoming significant” means mitigation and compensation measures must be taken to make adverse effects “insignificant”. As paragraph 12(c) was not available to the Minister, the environmental effects were covered by paragraph 12(e) and possibly 12(b) and (d), all of which require a public review by a Panel.

There is neither an express nor an implied requirement in EARPGO that a licence not issue until the Panel has reported following a public review. Section 31, which mandates the Panel to submit a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers, imposes an obligation on the Panel to prepare and submit a report; it does not specify that the Minister must await the report. Section 32, which gives the Office power to “vary” any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 in any review that involves “special circumstances”, shows that the Panel provisions were not intended to be mandatory since they could be changed by the Office. What is required is that a Panel be appointed and hopefully it will report before any permanent decisions are made. The real sanction for not waiting for the Panel report is political accountability. The thrust of sections 21 to 32 is for public involvement but that involvement has not been elevated to curtailing or otherwise preventing ministerial decisions that could be based on greater public interest than waiting for the Panel report.

The Trial Judge did not apply the wrong standard of judicial review. He referred to the findings reported in the IEE, not to second-guess the Minister, but to ascertain whether the Minister, in deciding whether or not to appoint a Panel for the public review of the Project, had proceeded on a wrong principle, taken into account legally irrelevant considerations or acted beyond the scope of his authority. The purpose was to apply the facts to the correct legal interpretation of section 12 which he had earlier made. The effect of the Minister’s misconstruction of section 12 was that he had proceeded on a wrong principle.

tion de mesures techniques connues» doivent être équivalents à «minimes» sans l’application de mesures techniques connues. Les mots «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» doivent être interprétés comme signifiant «peuvent être rendus minimes par l’application de mesures techniques connues». Ainsi l’alinéa 12c) n’envisage que deux catégories: effets importants et effets minimes. Il ne saurait y avoir une troisième catégorie d’effets «moins qu’importants», qu’il serait impossible de déterminer de façon logique. Si un effet n’est pas minime, il est par définition important, et ce n’est qu’en cas d’effets minimes ou rendus minimes par l’application de mesures techniques connues qu’on peut se dispenser d’un examen public. Si pareille interprétation signifie que l’examen public sera obligatoire dans presque tous les cas, il s’agit là d’une conséquence naturelle des mots choisis, qui sert aussi à souligner l’importance de l’examen public en la matière. L’article 14 fait aux ministères responsables l’obligation de s’assurer que les mesures d’atténuation sont prises pour empêcher que les effets néfastes potentiels prennent de l’ampleur. Comme il n’y a que les effets importants et les effets minimes, «empêcher que les effets néfastes . . . prennent de l’ampleur» signifie que les mesures d’atténuation et d’indemnisation doivent être prises de manière à rendre «minimes» les effets néfastes. Comme le ministre ne pouvait invoquer l’alinéa 12c), les effets environnementaux dont s’agit tombaient sous le coup de l’alinéa 12e), et peut-être aussi des alinéas 12b) et d), qui prévoient tous l’examen public par une commission.

Aucune disposition des Lignes directrices ne prévoit expressément ou implicitement l’obligation de ne pas délivrer le permis avant que la commission n’ait présenté son rapport à l’issue d’un examen public. L’article 31, qui prévoit pour la commission l’obligation de soumettre à la décision des ministres compétents un rapport contenant ses conclusions et recommandations, lui fait donc l’obligation de rédiger et de soumettre un rapport, mais ne prévoit pas que les ministres intéressés doivent attendre ce rapport. L’article 32, qui habilite le Bureau à «modifier» les exigences énoncées aux articles 21 à 31 lorsque des «circonstances spéciales» l’exigent, montre que les dispositions relatives aux commissions ne sont pas destinées à une application obligatoire puisqu’elles peuvent être modifiées par le Bureau. Ce qui est impératif, c’est qu’une commission soit constituée et on espère qu’elle fera son rapport avant que des décisions irrévocables ne soient prises. La sanction pour le défaut d’attendre le rapport est la responsabilité politique. Les articles 21 à 32 visent à la participation du public, mais celle-ci n’est pas suffisamment élevée pour empêcher ou limiter des décisions ministérielles qui pourraient être fondées sur un intérêt public plus important que celui représenté par le fait d’attendre le rapport de la commission.

Le juge de première instance n’a pas appliqué une mauvaise norme de contrôle judiciaire. Il a évoqué les conclusions du REI, non pas pour se mettre à la place du ministre après coup, mais pour examiner si le ministre, lorsqu’il décidait s’il y avait lieu ou non de constituer une commission d’examen public du projet, s’était fourvoyé sur le principe à observer, s’était fondé sur des considérations juridiques non pertinentes ou avait excédé sa compétence. L’objet en était d’appliquer aux faits de la cause l’interprétation juridique correcte de l’article 12, qu’il avait faite auparavant. Ayant mal interprété l’article 12, le ministre a fondé son action sur le principe qu’il ne fallait pas.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 2, 4, 5, 6.
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2, 3, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 31, 32, 33.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1102.
International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. I-20, ss. 2, 4, 5, 6.
International River Improvements Regulations, C.R.C., c. 982 (as am. by SOR/87-570), s. 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence), [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

DISTINGUISHED:

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.); *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of Environment)*, [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.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; 88 D.L.R. (3d) 267; 5 M.P.L.R. 181; 4 R.P.R. 165 (Div. Ct.).

CONSIDERED:

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.); *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)*, T-2230-89, Muldoon J., reasons for order dated 1/2/91 and supplementary reasons for order dated 4/2/91, F.C.T.D., not yet reported; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.).

REFERRED TO:

Consumers' Association of Canada v. Attorney General of Canada, [1979] 1 F.C. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (T.D.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592; 92 D.L.R. (3d) 143; 7 M.P.L.R. 196; 9 O.M.B.R. 21 (H. Ct.); *Rowley v.*

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, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 31, 32, 33.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 2, 4, 5, 6.
Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. I-20, art. 2, 4, 5, 6.
Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux, C.R.C., chap. 982 (mod. par DORS/87-570), art. 10.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1102.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

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^{re} inst.); *Féd. can. de la faune Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [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.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375 (C.A.); *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; 88 D.L.R. (3d) 267; 5 M.P.L.R. 181; 4 R.P.R. 165 (C. Div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

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^{re} inst.); *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, T-2230-89, juge Muldoon, motifs de l'ordonnance en date du 1-2-91 et motifs supplémentaires en date du 4-2-91, C.F. 1^{re} inst., encore inédits; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 1 C.F. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada, [1979] 1 C.F. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (1^{re} inst.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592; 92 D.L.R. (3d) 143; 7 M.P.L.R. 196; 9 O.M.B.R. 21

Petroleum and Natural Gas Conservation Board, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.); *Monsanto Canada Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193; 83 N.R. 279 (F.C.A.).

(H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.); *Monsanto Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193; 83 N.R. 279 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1970, "mitigable", "mitigate".

COUNSEL:

Alan W. Scarth, Q.C. and *Gordon H. A. Mackintosh* for appellants (cross respondents).

Brian J. Saunders and *Craig J. Henderson* for respondent.

D. E. Gauley, Q.C., *R. G. Kennedy*, *C. Wheatley* and *D. Wilson* for respondent (cross appellant).

SOLICITORS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, for appellants (cross respondents).

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Gauley & Company, Saskatoon, Saskatchewan, for respondent (cross appellant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This is an appeal by two brothers, Edelbert and Harold Tetzlaff ("appellants"), and a cross-appeal by the Saskatchewan Water Corporation ("Sask. Water") from an Order¹ of Mr. Justice Muldoon dated December 28, 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1] directing the Minister of the Environment ("Minister") to appoint an Environmental Assessment Panel ("Panel") under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("EARPGO")² to conduct a public review of certain environmental effects of the Rafferty-Alameda Project ("Project") to be described below. Pursuant to the same order, Mr. Justice Muldoon further directed that, unless the Minister appointed the Panel not later than 5:00 p.m. on January 30, 1990, the licence issued by the

¹ Appeal Book, Vol. 1, Tab 2.

² Registration SOR/84-467, June 21, 1984.

a DOCTRINE

Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1970, «mitigable», «mitigate».

AVOCATS:

b

Alan W. Scarth, c.r., et *Gordon H. A. Mackintosh* pour les appelants (intimés au reconventionnel).

Brian J. Saunders et *Craig J. Henderson* pour l'intimé.

c

D. E. Gauley, c.r., *R. G. Kennedy*, *C. Wheatley* et *D. Wilson* pour l'intimée (appellante au reconventionnel).

d

PROCUREURS:

Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg, pour les appelants (intimés au reconventionnel).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Gauley & Company, Saskatoon (Saskatchewan), pour l'intimée (appellante au reconventionnel).

f

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Appel a été interjeté par deux frères, Edelbert et Harold Tetzlaff (les «appelants»), et appel reconventionnel interjeté par la Saskatchewan Water Corporation («Sask. Water»), de l'ordonnance¹ en date du 28 décembre 1989 [(1989), 31 F.T.R. 1] par laquelle le juge Muldoon enjoignit au ministre de l'Environnement (le «ministre») de constituer une Commission d'évaluation environnementale (la «commission») conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (les «Lignes directrices») ², afin d'entreprendre un examen public de certains effets environnementaux (dont la liste figure autre part) du projet de barrage Rafferty-Alameda (le «projet»). Par la même

¹ Dossier d'appel, vol. 1, étiquette 2.

² Enregistrement DORS/84-467, 21 juin 1984.

Minister to Sask. Water for the Project pursuant to the *International River Improvements Act* ("IRIA")³ would be quashed.

Put in simple terms, the appellants argue that Mr. Justice Muldoon's analysis was correct, but he did not go far enough because he should have quashed the licence unconditionally in order to have the Panel conduct its review and make its report to the Minister pursuant to the EARPGO provisions prior to the issuance of the licence in question. On the other hand, Sask. Water argues by its cross-appeal that Mr. Justice Muldoon went too far and his order should be set aside, or alternatively that the appeal should be dismissed.

At the heart of the issues raised in the appeal and cross-appeal is the interpretation to be given to the EARPGO. The determination of these issues is of considerable importance not only to the parties and a wide group of affected people but also to the scope and effect of federal environmental legislation and regulations. Despite the importance of the environmental issues before us, counsel for the Minister informed the Court he took no position on either the appeal or cross-appeal, apparently being satisfied with the judgment of Muldoon J. and willing to put himself to the guidance of this Court.

Background

The Souris River Basin consists of a number of interrelated rivers which generally rise in Saskatchewan, flow into North Dakota, then back into Manitoba and ultimately into Lake Winnipeg. In particular, the Souris River follows this pattern having its source in Saskatchewan, flowing into North Dakota and back into Manitoba where it enters the Assiniboine River. The Souris River, like other "prairie rivers", is dependent on precipitation, snow melt in the spring and rainfall during other times of the year such that often there is either a flood or drought condition that results.

³ R.S.C., 1985, c. I-20.

ordonnance, le juge Muldoon a décidé que, faute par le ministre de constituer la commission au 30 janvier 1990 à 17 heures au plus tard, le permis délivré, en application de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* («LODACEI»)³, par ce dernier à Sask. Water pour entreprendre le projet serait annulé.

Pour simplifier, les appelants soutiennent que le juge Muldoon était correct dans son analyse, mais qu'il n'est pas allé assez loin car il aurait dû annuler le permis sans conditions afin que la commission puisse effectuer son examen et rendre compte au ministre conformément aux Lignes directrices avant que ne soit délivré le permis en question. De son côté, Sask. Water fait valoir, par appel reconventionnel, que le juge Muldoon est allé trop loin et que son ordonnance devrait être infirmée ou, à titre subsidiaire, que l'appel principal devrait être rejeté.

L'interprétation à donner des Lignes directrices est au cœur des points soulevés dans l'appel principal et l'appel reconventionnel. La décision sur ces questions revêt une importance considérable non seulement pour les parties et un grand nombre d'intéressés, mais aussi pour la portée et les effets de la législation et de la réglementation fédérales en matière de protection écologique. Malgré l'importance des questions environnementales dont la Cour est saisie, l'avocat représentant le ministre l'a informée qu'il ne prenait position à l'égard ni de l'appel principal ni de l'appel reconventionnel, étant apparemment satisfait de la décision du juge Muldoon et disposé à se soumettre aux conclusions de la Cour.

Les faits de la cause

Le bassin de la rivière Souris est formé d'un réseau de cours d'eau qui prennent leur source en Saskatchewan, traversent une partie du Dakota du Nord puis remontent au Manitoba pour se jeter dans le lac Winnipeg. C'est en particulier la course de la rivière Souris: elle prend sa source en Saskatchewan, descend au Dakota du Nord puis remonte au Manitoba où elle se jette dans la rivière Assiniboine. À l'instar des autres «rivières de prairie», son débit dépend des précipitations, de la fonte des neiges au printemps et des pluies pendant les autres saisons de l'année, ce qui expli-

³ L.R.C. (1985), chap. I-20.

Understandably water retention, storage and distribution structures in the Basin have been discussed and developed over many years.

On February 12, 1986, the Premier of Saskatchewan, the Honourable Grant Devine, announced that Saskatchewan would construct the Project. Included in the Project was the building of two Dams: the Rafferty Dam on the Souris River near the town of Estevan, and the Alameda Dam on Moose Mountain Creek, which flows into the Souris near Alameda. The objectives of the Project include flood control for Saskatchewan, North Dakota and Manitoba, improved water-based recreation facilities and irrigation facilities, greater regional and municipal water supply security, and the provision of cooling water for the Shand Thermal Electric Generating Station being constructed near Estevan.

The Government of Saskatchewan created the Souris Basin Development Authority ("SBDA") as a Crown corporation to plan, implement, and manage the Project as agent for Sask. Water, another Saskatchewan Crown corporation. SBDA prepared a provincial environmental impact statement which was publicly released. Subsequently a board of inquiry was constituted to review the Project and to make recommendations to the Saskatchewan Minister of the Environment and Public Safety who eventually granted authority to proceed with the Project subject to a number of conditions. On February 23, 1988, Sask. Water granted SBDA approval to start construction of the Rafferty Dam.

On June 17, 1988, the Minister issued a licence to Sask. Water pursuant to the *International River Improvements Act* with respect to the Project, having determined that the review by Environment Canada of the Saskatchewan environmental impact statement together with the conditions attached to the Saskatchewan licence were sufficient to protect the interests of the Federal Government in connection with the Project.

However, the federal licence was quashed by the order of Cullen J. on April 10, 1989 with man-

que qu'il y a souvent soit inondation soit sécheresse. Il s'ensuit que les installations de retenue, d'emmagasinage et de distribution d'eau ont fait l'objet de discussions et de plans depuis plusieurs années.

Le 12 février 1986, M. Grant Devine, premier ministre de la Saskatchewan, annonça que cette province entreprendrait le projet, dont la construction de deux barrages: le barrage de Rafferty sur la rivière Souris près de la ville d'Estevan, et le barrage d'Alameda sur la rivière Moose Mountain, qui se jette dans la Souris près d'Alameda. Ce projet avait pour objet la prévention des inondations en Saskatchewan, au Dakota du Nord et au Manitoba, l'amélioration des installations de sports aquatiques et de l'équipement d'irrigation, la sécurité de l'approvisionnement en eau régional et municipal, et la fourniture de l'eau de refroidissement à la centrale thermique de Shand, en cours de construction près d'Estevan.

Le gouvernement de la Saskatchewan a mis sur pied la Souris Basin Development Authority («SBDA»), société de la Couronne chargée de planifier, de mettre en œuvre et d'administrer le projet pour le compte de Sask. Water, qui est une autre société de la Couronne. SBDA a rendu public un énoncé provincial des incidences environnementales. Par la suite, une commission d'enquête a été instituée pour examiner le projet et faire des recommandations au ministre de l'Environnement et de la Sécurité publique de la Saskatchewan, lequel a enfin donné l'autorisation d'entreprendre le projet sous certaines conditions. Le 23 février 1988, Sask. Water a donné à la SBDA son accord pour commencer la construction du barrage de Rafferty.

Le 17 juin 1988, le ministre, en application de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, accorda à Sask. Water le permis pour le projet, après avoir conclu que l'examen, fait par Environnement Canada, de l'exposé des incidences environnementales de la Saskatchewan, ainsi que les conditions attachées au permis délivré par la province, étaient suffisants pour protéger les intérêts de l'État fédéral dans le cadre de ce projet.

Cependant, le permis fédéral a été annulé par ordonnance en date du 10 avril 1989 du juge

damus issuing to the Minister to comply with the EARPGO.⁴ This Court upheld the decision of Cullen J. in this respect.⁵

The Minister then initiated a procedure to comply with EARPGO by having:

(1) A draft Initial Environmental Evaluation prepared and released to the public in June of 1989;

(2) A public consultation process chaired by an independent Moderator and designed to receive public opinion on the draft Initial Environmental Evaluation; and

(3) The preparation of the final Initial Environmental Evaluation ("IEE")⁶ in August of 1989.

The purpose of the IEE was to provide the Minister with certain information which together with submissions from the public could be used by the Minister to decide whether to issue a second licence in conformity with the EARPGO.⁷ Public meetings were held in Saskatchewan, Manitoba and North Dakota and written submissions were received.

On August 31, 1989, a second licence for the Project was granted by the Minister under the IRIA permitting construction to proceed subject to the implementation of specified mitigation measures. In a press conference on August 31, 1989, the Minister apparently outlined his reasons for granting the licence and not appointing a public

⁴ *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.). According to Cullen J., the Project has an environmental impact on a number of areas of federal responsibility: international relations, transboundary water flows, migratory birds, interprovincial affairs, and fisheries. *Id.*, at p. 323.

⁵ *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.).

⁶ The final IEE consists of three volumes: Volume I: Technical Report; Volume II: Public Consultation Process; and Volume III: Moderator's Report. The IEE appears as Exhibits to the affidavits of Gordon H. A. Mackintosh of October 16, 1989 (Exhibit A) and of Denis A. Davis of November 6, 1989 (Exhibit D). See Tabs 8 and 11, respectively, of the Appeal Book.

⁷ See IEE, Volume 1, c. 12-1.

Cullen, avec *mandamus* portant obligation pour le ministre de se conformer aux Lignes directrice⁴. La Cour de céans a confirmé la décision du juge Cullen à cet égard⁵.

Le ministre a pris alors les mesures suivantes pour se conformer aux Lignes directrices:

(1) Projet d'évaluation environnementale initiale préparé et rendu public en juin 1989;

(2) Processus de consultation publique sous la présidence d'un modérateur impartial et destiné à recueillir l'opinion du public sur le projet d'évaluation environnementale initiale;

(3) Préparation du rapport final de l'évaluation environnementale initiale («REI»)⁶ en août 1989.

Le REI était destiné à fournir les données qui, conjuguées avec les observations du public, pourraient permettre au ministre de décider s'il y avait lieu d'accorder un second permis conformément aux Lignes directrices⁷. Des audiences publiques eurent lieu en Saskatchewan, au Manitoba et au Dakota du Nord, et des mémoires écrits ont été reçus.

Le 31 août 1989, le ministre a accordé, en application de la LODACEI, un second permis pour la mise en œuvre du projet sous réserve de l'application de certaines mesures d'atténuation. Au cours d'une conférence de presse donnée le 31 août 1989, le ministre aurait expliqué les raisons pour lesquelles il avait décidé d'accorder le permis

⁴ *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.). Le juge Cullen a conclu que ce projet avait des répercussions environnementales sur plusieurs questions de compétence fédérale: relations internationales, écoulement transfrontalier des eaux, oiseaux migrateurs, affaires interprovinciales et pêches (p. 323).

⁵ *Féd. can. de la faune Inc. c. Can. (Min. de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.).

⁶ Le rapport final de l'évaluation initiale comprend trois volumes: Rapport technique (vol. I), Processus de consultation publique (vol. II), Rapport du modérateur (vol. III). Le REI était joint à titre de pièce à la déposition en date du 16 octobre 1989 de Gordon H. A. Mackintosh (pièce A) et à celle en date du 6 novembre 1989 de Denis A. Davis (pièce D). Voir les étiquettes 8 et 11 respectivement du Dossier d'appel.

⁷ Voir le REI, volume 1, chap. 12-1.

review panel under the EARPGO.⁸ After referring to the IEE and public meetings conducted by the Moderator, whom the Minister described as an independent consultant, the Minister raised the question whether the Project will create significant adverse environmental effects which cannot be mitigated. The Minister's answer to his question is worth repeating. He said:

I am persuaded by the advice of the federal government's most senior environmental experts, as well as by Mr. Millard's [the Moderator's] report, that those [environmental] impacts can be almost entirely mitigated.⁹

This brief background description brings us to the decision of Muldoon J. from which an appeal and cross-appeal has been taken.

The Decision Below

Two section 18 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] proceedings were initiated in the Trial Division against the licence: *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.) and *Tetzlaff v. Canada (Minister of the Environment)*, T-2230-89 [F.C.T.D., Muldoon J., reasons for order dated 1/2/91 and supplementary reasons for order dated 4/2/91, not yet reported].¹⁰ In both cases, extraordinary relief was sought by way of *certiorari* quashing the licence issued by the Minister to Sask. Water pursuant to the IRIA, and *mandamus* requiring the Minister to comply with the

⁸ Appendix I to Sask. Water's memorandum of fact and law is a document entitled "Speech Discours" Notes for Remarks by the Honourable Lucien Bouchard, Minister of the Environment, August 31, 1989.

⁹ *Id.*, at p. 2.

¹⁰ By order made *ex mero motu*, dated November 30, 1989 [[1990] 1 F.C. 595 (T.D.)], Muldoon J. struck out Sask. Water as a respondent for want of jurisdiction in this Court but allowed Sask. Water to participate as an intervenor and amended the style of cause accordingly. See Appeal Book, Tab 4. Sask. Water by notice of motion, dated November 19, 1990, sought an order adding Sask. Water as a party respondent/cross-appellant in these proceedings and this Court granted the order requested relying on *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.), at p. 52, and ordered the style of cause to be so amended. Sask. Water also sought to adduce additional evidence pursuant to Rule 1102 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] but this was denied.

et de ne pas constituer une commission d'examen public en application des Lignes directrices⁸. Après avoir parlé du REI et des audiences publiques présidées par le modérateur, qu'il qualifiait d'expert-conseil, le ministre a abordé la question de savoir si le projet aurait d'importants effets environnementaux néfastes qui ne pourraient être atténués. Il a déclaré ce qui suit:

À la lumière des avis que m'ont fournis les meilleurs experts du gouvernement fédéral et en tenant compte des conclusions du rapport de M. Millard [le modérateur], je suis convaincu de la possibilité d'atténuer entièrement la plupart des incidences négatives de ce projet sur l'environnement⁹.

Ce bref aperçu nous amène à la décision du juge Muldoon, qui fait l'objet de l'appel principal et de l'appel reconventionnel.

La décision de l'instance inférieure

Deux demandes fondées sur l'article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] furent intentées en première instance contre le permis: *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^{re} inst.) et *Tetzlaff c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, T-2230-89 [C.F. 1^{re} inst., le juge Muldoon, ordonnance en date du 1-2-91 et ordonnance supplémentaire en date du 4-2-91, encore inédites]¹⁰. L'une et l'autre demandes visaient à un recours extraordinaire consistant en une ordonnance de *certiorari* portant annulation du permis délivré par le ministre à Sask. Water en applica-

⁸ L'annexe I du mémoire des points de fait et de droit de Sask. Water est un document intitulé «Speech Discours», Notes pour la déclaration de l'honorable Lucien Bouchard, ministre de l'Environnement, 31 août 1989.

⁹ *Idem*, à la p. 2.

¹⁰ Par ordonnance rendue de son propre chef le 30 novembre 1989 [[1990] 1 C.F. 595 (1^{re} inst.)], le juge Muldoon a rayé Sask. Water à titre d'intimée pour cause de défaut de compétence de la Cour, mais lui a permis de participer à titre d'intervenante et a modifié l'intitulé de la cause en conséquence. Voir le Dossier d'appel, étiquette 4. Par avis de requête en date du 19 novembre 1990, Sask. Water a demandé à être partie à l'instance à titre d'intimée/appelante reconventionnelle; la Cour a fait droit à la requête en s'appuyant sur *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.), à la p. 52, et ordonné la modification de l'intitulé de la cause en conséquence. Sask. Water a également demandé à produire de nouvelles preuves sous le régime de la Règle 1102 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], mais cette demande a été rejetée.

EARPGO by appointing a Panel and referring the Project to it, and otherwise complying with the EARPGO. Although the respective applicants' interests were not identical particularly in that the brothers Tetzlaff primarily seek to quash the licence of the Minister in so far as it relates to the proposed Alameda Dam on Moose Mountain Creek,¹¹ the Trial Judge issued one set of reasons for both applications.

After a review of the background, the Trial Judge stated the question before him was whether the Minister had complied with the EARPGO in deciding to issue the licence to Sask. Water or, more specifically, whether the Minister, in failing to appoint a Panel pursuant to sections 20 through 32 of the EARPGO, had acted unlawfully.

To answer the question before him, the Trial Judge had to ascertain the applicable legal rules and apply those rules to the relevant facts. With respect to the facts, the IEE was of prime importance because it was, as already stated, used by the Minister in arriving at his decision to issue the licence in conformity with the EARPGO.

According to the IEE, the altered flows and lake levels within the Souris River Basin caused by the Project were expected to produce the following adverse environmental impacts in a number of areas with varying degrees of mitigation measures available:¹²

Significant Impacts

- (1) reduced downstream flows aggravating already poor water quality in the Souris River and a diminished recreational value of the Souris;
- (2) significant adverse effects on waterfowl production within Saskatchewan and North Dakota;

¹¹ The Tetzlaff brothers own a farm of about 1,120 acres at Alameda which has been in the family since 1942 and which the brothers have operated since 1949.

¹² IEE, Vol. 1, at iii to v.

tion de la LODACEI, et en une ordonnance de *mandamus* portant obligation pour le ministre de se conformer aux Lignes directrices en constituant une commission chargée de l'examen du projet, et de se conformer à ce décret à tous autres égards. Bien que les intérêts des requérants respectifs ne fussent pas les mêmes, en particulier du fait que les frères Tetzlaff cherchent au premier chef à faire annuler le permis du ministre dans la mesure où il porte sur le barrage d'Alameda prévu sur la rivière Moose Mountain¹¹, le juge de première instance a prononcé les mêmes motifs à l'égard des deux demandes.

À la lumière des faits de la cause, le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'examiner si le ministre s'était conformé aux Lignes directrices en décidant d'accorder le permis à Sask. Water ou, plus spécifiquement, si, en omettant de constituer une commission conformément aux articles 20 à 32 du même décret, il avait agi de façon illicite.

Pour répondre à cette question, le juge de première instance devait déterminer quelles étaient les règles de droit applicables aux faits de la cause. En ce qui concerne ces derniers, le REI était de la plus haute importance puisque, comme indiqué plus haut, le ministre s'y était fondé pour décider d'accorder le permis en application des Lignes directrices.

Selon le REI, le changement que provoquerait le projet dans les débits et les niveaux des lacs dans le bassin de la rivière Souris devait avoir les conséquences environnementales néfastes suivantes, avec diverses mesures d'atténuation disponibles¹²:

Effets importants

- (1) réduction du débit en aval, ce qui aggrave encore la mauvaise qualité de l'eau de la rivière Souris et en réduit la valeur ludique;
- (2) importants effets néfastes sur la reproduction des oiseaux aquatiques en Saskatchewan et au Dakota du Nord;

¹¹ Les frères Tetzlaff sont propriétaires à Alameda d'une exploitation agricole de quelque 1 120 acres, qui appartient à la famille depuis 1942 et qu'ils exploitent depuis 1949.

¹² REI, vol. 1, iii à v.

(3) reduced flows entering North Dakota and associated water quality effects would result in a decline and possible elimination of the fish population in Lake Darling, North Dakota;

(4) losses in fish habitat in Saskatchewan and Manitoba;

(5) the loss of federal community pasture lands because of the Project reservoirs;

(6) significant adverse effects on rare and endangered plant and animal species; and

(7) impacts on navigation.

Moderate Impacts

(1) reservoir releases would intermittently impact on downstream water quality;

(2) mercury levels in fish tissue would increase in the reservoirs and possibly downstream; and

(3) inundation of the Souris River valley by the Rafferty reservoir would reduce critical habitat and local populations of the Baird's Sparrow, a threatened species.

The IEE then went on to discuss these environmental impacts within Saskatchewan, North Dakota and Manitoba and then identified information deficiencies, explaining these as follows:¹³

Information Deficiencies

The preparation of this IEE relied primarily on the extensive documentation previously prepared by the Project Proponent (SBDA), other Saskatchewan provincial agencies, federal and state agencies in the United States, Manitoba agencies, Environment Canada and other federal government departments. Some additional data and information were compiled in the areas of hydrology, water quality, rare and endangered species, and migratory birds.

The lack of data and information for some areas of concern have placed limitations on the extent to which Project impacts can be assessed. The major areas of deficiency are categorized below as being of significant or moderate importance.

(3) la réduction des débits entrant au Dakota du Nord et les effets connexes sur la qualité de l'eau se traduiraient par un déclin et l'élimination possible de la population de poissons du lac Darling, au Dakota du Nord;

(4) pertes en matière d'habitat de poissons en Saskatchewan et au Manitoba;

(5) perte de pâturages domaniaux fédéraux du fait des bassins de retenue du projet;

(6) importants effets néfastes sur des espèces végétales et animales rares et en danger;

(7) effets sur la navigation.

Effets modérés

(1) les vidanges des bassins de retenue auraient, de façon intermittente, des répercussions sur la qualité de l'eau en aval;

(2) les niveaux de mercure dans la chair de poisson s'élèveraient dans les bassins de retenue et peut-être aussi en aval;

(3) l'inondation de la vallée de la rivière Souris par le bassin de retenue de Rafferty réduirait l'habitat critique et les populations locales du pinson de Baird, qui est une espèce menacée d'extinction.

Le REI analyse ensuite ces répercussions environnementales en Saskatchewan, au Dakota du Nord et au Manitoba et relève les insuffisances des données, comme suit¹³:

[TRADUCTION] Insuffisances des données

La préparation de ce REI a été surtout fondée sur la documentation antérieurement établie par le promoteur du projet (SBDA), d'autres organismes provinciaux de la Saskatchewan, des organismes fédéraux et d'État des États-Unis, des organismes du Manitoba, Environnement Canada et d'autres organismes de l'administration fédérale. Certaines données et informations supplémentaires ont été compilées en matière d'hydrologie, de qualité de l'eau, d'espèces rares et en danger, et d'oiseaux migrateurs.

Le manque de données et d'informations à l'égard de certains sujets de préoccupation a limité l'évaluation du projet. Les principales faiblesses sont caractérisées ci-dessous comme étant de grande ou de moyenne importance.

¹³ IEE, Vol. 1, at ix.

¹³ REI, vol. 1, ix.

The IEE then discussed some nine areas of what were called "Significant Deficiencies" in information and four areas of "Moderate Deficiencies".

Muldoon J. quite properly reviewed the IEE findings as the basis for the Minister's decision not to appoint a Panel and for issuing the licence in dispute. In doing so, the Trial Judge noted that the classification in the IEE of "moderate" environmental impacts was not a term used in the EARPGO.¹⁴ In addition, the Trial Judge reviewed the various environmental impacts and the information deficiencies mentioned above which made certain conclusions doubtful or questionable. He also examined the various assertions in the IEE relating to the extent that mitigation of the environmental impacts was available. His review of these impacts, deficiencies, and mitigation measures took place in the light of what he believed was the way in which the EARPGO was to be interpreted. Indeed, it is that interpretation, which will be discussed below, that is the central issue in the case.

In summary, the Trial Judge reviewed the material that was before the Minister which formed the basis for his decision to issue the licence; identified "significant adverse environmental effects" as specified in the EARPGO and described in the IEE and related documentation, and discussed information deficiencies that made certain conclusions doubtful, and discussed as well the mitigation measures available; interpreted the EARPGO provisions dealing with public review in a certain way and applied that interpretation to the material before him, and found the decision of the Minister not to appoint a Panel to be unlawful; and ordered *mandamus* requiring the Minister to comply with the EARPGO Panel appointment provisions, and in exercising his discretion ordered

¹⁴ See reasons for order, Appeal Book, Tab 3, 12-13 [pp. 9-11 F.T.R.]. The EARPGO speaks only of significant or insignificant impacts. Muldoon J. treated "moderate" impacts in the IEE as significant since in his view they were "not insignificant" and as such could only be "significant". He also said that to be insignificant, an adverse impact cannot be moderate but rather must be "without significance". As will be described below, I agree with his analysis.

Le REI relève neuf «insuffisances graves» et quatre «insuffisances modérées» en matière de données.

Le juge Muldoon a examiné à juste titre les conclusions du REI dans lesquelles il voyait l'explication du ministre de ne pas constituer une commission et de délivrer le permis en cause. Ce faisant, il a fait observer que la classification des effets environnementaux «modérés» dans l'évaluation initiale n'était pas prévue aux Lignes directrices¹⁴. En outre, il a relevé les divers effets environnementaux et insuffisances d'information susmentionnées qui rendaient douteuses certaines conclusions. Il a également examiné certaines assertions contenues dans le rapport d'évaluation initiale au sujet des possibilités d'atténuation des effets environnementaux. Il a examiné ces effets, insuffisances et mesures d'atténuation à la lumière de l'interprétation qu'il jugeait correcte des Lignes directrices. En fait, cette interprétation, qui sera examinée plus loin, est au cœur du litige.

En résumé, le juge de première instance a examiné les données sur lesquelles le ministre s'était fondé pour délivrer le permis; il a relevé les «importants effets environnementaux néfastes» visés aux Lignes directrices et consignées dans le rapport d'évaluation initiale et les documents connexes; il a analysé les insuffisances d'information qui rendaient douteuses certaines conclusions; il a interprété d'une certaine manière les dispositions des Lignes directrices relatives à l'examen public et appliqué cette interprétation aux faits dont il avait été saisi, et conclu que la décision du ministre de ne pas constituer une commission était illicite; il a rendu une ordonnance de *mandamus* pour enjoindre au ministre de se conformer aux dispositions des Lignes directrices relatives à la constitution de la commission; et exerçant son pouvoir d'appréciation, il a rendu une ordonnance de *certiorari* pour annuler le permis au cas où une

¹⁴ Voir les Motifs de l'ordonnance, Dossier d'appel, étiquette 3, 12-13 [aux p. 9 à 11 F.T.R.]. Les lignes directrices ne mentionnent que les effets importants ou minimes. Le juge Muldoon voyait dans les répercussions «modérées» relevées par l'évaluation initiale des répercussions importantes puisque, à son avis, elles n'étaient pas «minimes» et, de ce fait, ne pouvaient être qu'«importantes». Il a également conclu que pour être minime, une répercussion néfaste ne pouvait être modérée, il fallait qu'elle fût «sans aucune importance». Comme je l'expliquerai plus loin, je souscris à cette analyse.

certiorari to quash the licence unless a Panel was appointed prior to a specific time.

At this stage, I think it useful to refer briefly to the legislative and regulatory provisions that are relevant to the issues raised in the appeal and cross-appeal.

An Overview of the Applicable Legislative and Regulatory Provisions

The Minister issued a licence to Sask. Water pursuant to the provisions of the IRIA and the *International River Improvements Regulations* ("Regulations")¹⁵ promulgated thereunder. It is not disputed that the Project comes within the definition of "international river improvement" in the IRIA for which a licence is required by section 4.¹⁶ Section 10 of the Regulations gives the Minister a discretion to issue the licence.¹⁷

¹⁵ C.R.C., c. 982 as amended by SOR/87-570.

¹⁶ Section 2 of the IRIA defines "international river improvement" as a

2. ...
... dam, obstruction, canal, reservoir or other work the purpose or effect of which is
- (a) to increase, decrease or alter the natural flow of an international river, and
 - (b) to interfere with, alter or affect the actual or potential use of the international river outside Canada;

Section 4 of the IRIA provides:

4. No person shall construct, operate or maintain an international river improvement unless that person holds a valid licence therefor issued under this Act.

Section 5 provides for offences for contravention of the IRIA and section 6 deals with forfeiture by removal, destruction or disposition by the Governor in Council of an international river improvement constructed, operated or maintained in contravention of the IRIA.

¹⁷ Section 10 of the Regulations states:

10. (1) Where an applicant for a licence has supplied all the information required by these Regulations the Minister may
- (a) issue to him a licence for a period not exceeding 50 years; and
 - (b) upon the expiration of any licence issue a further licence for a period not exceeding 50 years.
- (2) Each licence shall stipulate the terms and conditions under which the international river improvement may be constructed, operated and maintained, and the period for which it is issued. [Emphasis added.]

commission ne serait pas constituée dans le délai imparti.

En cet état de la cause, il y a lieu de rappeler brièvement les dispositions législatives et réglementaires applicables aux questions soulevées dans l'appel principal et l'appel reconventionnel.

Aperçu des dispositions législatives et réglementaires applicables

Le ministre a délivré à Sask. Water un permis en application de la LODACEI et du *Règlement sur l'amélioration des cours d'eau internationaux* (le «Règlement»)¹⁵ pris pour son application. Il est constant que le projet tombe dans le champ d'application de la définition d'«ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international» de cette Loi, pour lequel un permis est requis par l'article 4¹⁶. L'article 10 du Règlement habilite le ministre à délivrer ce permis¹⁷.

¹⁵ C.R.C., chap. 982, modifié par DORS/87-570.

¹⁶ L'article 2 de la LODACEI définit «ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international» comme suit:

2. ...
... barrage, obstacle, canal, bassin de retenue ou autre ouvrage dont l'objet ou effet consiste
- a) d'une part, à augmenter, diminuer ou changer le débit naturel du cours d'eau international;
 - b) d'autre part, à déranger, modifier ou influencer l'utilisation effective ou virtuelle du cours d'eau international hors du Canada.

L'article 4 de la LODACEI porte:

4. Il est interdit à toute personne de construire, de mettre en service ou d'entretenir des ouvrages destinés à l'amélioration d'un cours d'eau international, à moins qu'elle ne détienne un permis valide délivré, pour cet objet, en vertu de la présente loi.

L'article 5 prévoit les sanctions pénales en cas d'infraction à la LODACEI, et l'article 6 prévoit la confiscation par enlèvement, destruction ou autre disposition ordonnée par le gouverneur en conseil, de tout ouvrage construit, mis en service ou entretenu en violation de la LODACEI.

¹⁷ L'article 10 du Règlement porte:

10. (1) Si le demandeur d'un permis a fourni toutes les précisions requises sous le régime du présent règlement, le Ministre peut
- a) lui délivrer un permis pour une période ne dépassant pas 50 ans; et
 - b) émettre à l'expiration de tout permis, un autre permis pour une période ne dépassant pas 50 ans.
- (2) Chaque permis doit stipuler les termes et conditions auxquels l'ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international peut être construit, mis en fonctionnement et maintenu, ainsi que la période pour laquelle ce permis est délivré. [Mot non souligné dans le texte.]

Sections 4 and 5 of the *Department of the Environment Act*¹⁸ ("Environment Act") deal with the powers, duties and functions of the Minister and section 6 thereof enables him to establish guidelines, by order with the approval of the Governor in Council, for use by departments, boards, and agencies and other bodies of the Government of Canada. These sections read as follows:

POWERS, DUTIES AND FUNCTIONS OF THE MINISTER

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

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

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

(c) water;

(d) meteorology;

(e) notwithstanding paragraph 4(2)(f) of the *Department of National Health and Welfare Act*, the enforcement of any rules or regulations made by the International Joint Commission, promulgated pursuant to the treaty between the United States of America and His Majesty, King Edward VII, relating to boundary waters and questions arising between the United States and Canada, in so far as they relate to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(f) the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(g) national parks; and

(h) national battlefields, historic sites and monuments.

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

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

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those periods, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and

Les articles 4 et 5 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*¹⁸ prévoient les pouvoirs et fonctions du ministre, et l'article 6 l'habilite à établir, avec l'approbation du gouverneur en conseil, des directives à l'usage des ministères et autres organismes fédéraux. Voici le texte de ces trois articles:

POUVOIRS ET FONCTIONS DU MINISTRE

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

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

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

c) aux eaux;

d) à la météorologie;

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

f) à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel;

g) aux parcs nationaux;

h) aux champs de bataille, lieux et monuments historiques nationaux.

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

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

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:

(i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution,

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération,

¹⁸ R.S.C., 1985, c. E-10.

¹⁸ L.R.C. (1985), chap. E-10.

- (iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;
- (b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organizations or persons, in any programs having similar objects; and
- (c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

GUIDELINES BY ORDER

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

The guidelines contemplated by section 6 of the Environment Act are the EARPGO which provides for a Federal Environmental Assessment Review Office ("Office") which oversees the EARPGO as it applies throughout the Government of Canada. The EARPGO applies to "proposal[s]" (defined as any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision-making authority) undertaken by an "initiating department"¹⁹ that

6. ...

- (b) ... may have an environmental effect on an area of federal responsibility;²⁰

Under this provision, the EARPGO applies to the Project since it is an international river improvement under the IRIA for which a licence of the Minister is required and which has an environmental effect on an area of federal responsibility.²¹

¹⁹ This term is defined in section 2 as "any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal". In this case the Department of the Environment is the initiating department under the EARPGO and the Minister is also the official who grants a licence under the IRIA.

²⁰ Section 6 of the EARPGO.

²¹ See Cullen J.'s comments in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* with respect to the environmental impacts of the Project in several areas of federal responsibility: *supra*, note 4.

- (iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;
- b) favoriser et encourager des comportements tendant à protéger et améliorer la qualité de l'environnement, et coopérer avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;
- c) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

b

DIRECTIVES ÉTABLIES PAR ARRÊTÉ

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

d Les directives visées à l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* sont, en l'espèce, les Lignes directrices qui prévoient la création du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (le «Bureau»), chargé de contrôler l'application de ces Lignes directrices par l'ensemble des organismes du gouvernement du Canada. Ces dernières s'appliquent aux «propositions» (ce terme s'entend de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions) relevant d'un «ministère responsable»¹⁹ et

6. ...

- b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale²⁰.

g En vertu de cette disposition, les Lignes directrices sont applicables au projet puisqu'il s'agit d'un ouvrage destiné à l'amélioration d'un cours d'eau international, au sens de la LODACEI, pour lequel un permis du ministre est requis et qui peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale²¹.

¹⁹ Cette expression est définie à l'article 2 comme s'entendant de tout «Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition». En l'espèce, le ministère de l'Environnement est le ministère responsable visé par les Lignes directrices, et le ministre est aussi l'autorité qui délivre le permis visé à la LODACEI.

²⁰ Article 6 de la LODACEI.

²¹ Voir dans *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, les observations du juge Cullen au sujet des répercussions du projet sur plusieurs domaines de compétence fédérale: note 4 *supra*.

The EARPGO contemplates two possible stages of review. The first is an environmental screening or initial assessment that must be undertaken by the initiating department to determine whether and to what extent there may be potentially adverse environmental effects from the proposal.²² The second stage is a public review process by an independently established Environmental Assessment Panel that can be triggered by (i) the Minister so deciding where public concern indicates a public review is desirable,²³ (ii) the proposal being of a type that is on a list that calls for automatic referral to the Minister for public review by a Panel,²⁴ and (iii) the initial assessment revealing prescribed circumstances that call for public review by a Panel.²⁵ Where none of these categories applies, the proposal can proceed without any public review by a Panel. As categories (i) and (ii) are acknowledged not to be applicable,²⁶ it is on this last category that the parties in the appeal and cross-appeal differ.

More particularly, the appellants argue that the Trial Judge was correct in deciding that the provisions of paragraph 12(c) of the EARPGO were not complied with by the Minister. Paragraph 12(c) provides as follows:

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

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with

²² See generally sections 10 to 17 of the EARPGO.

²³ Section 13 of the EARPGO.

²⁴ By the combined operation of paragraph 11(b) and paragraph 12(b) of the EARPGO.

²⁵ Paragraphs 12(d) and (e). Paragraph 12(f), which deals with unacceptable environmental effects calling for modification leading to possible abandonment of the proposal, was not argued by either party as being applicable herein. Section 20 provides that, where a determination 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.

²⁶ Category (i), section 13 of the EARPGO, is not applicable because the Minister has in effect decided no public review is necessary. Category (ii), paragraphs 11(b) and 12(b), is not applicable because we were informed at the hearing that the list contemplated by these provisions has apparently not yet been developed.

Les Lignes directrices prévoient deux paliers possibles d'examen. Il y a en premier lieu l'évaluation environnementale initiale que doit effectuer le Ministère responsable pour examiner si et dans quelle mesure la proposition peut avoir des effets environnementaux néfastes²². Le second palier consiste en un examen public effectué par une commission indépendante, lequel examen public est déclenché (i) par le ministre chaque fois que les préoccupations du public rendent un tel examen souhaitable²³, (ii) si la proposition est d'un type compris dans une liste en vertu de laquelle elle est automatiquement soumise au ministre en vue de l'examen public par une commission²⁴, et (iii) si l'évaluation initiale révèle des facteurs qui justifient l'examen public par une commission²⁵. Si aucun de ces trois cas ne s'applique, la proposition peut être mise à exécution sans examen public par une commission. Les catégories (i) et (ii) étant reconnues comme inapplicables en l'espèce²⁶, c'est sur la troisième catégorie que porte le litige entre les parties à l'appel principal et à l'appel reconventionnel.

Plus particulièrement, les appelants principaux font valoir que le juge de première instance a eu raison de conclure que le ministre ne s'était pas conformé à l'alinéa 12(c) des Lignes directrices, lequel prévoit ce qui suit:

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

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par

²² Articles 10 à 17 des Lignes directrices.

²³ Article 13 des Lignes directrices.

²⁴ Effet conjugué des alinéas 11b) et 12b) des Lignes directrices.

²⁵ Alinéas 12d) et e). Ni l'une ni l'autre partie n'invoque l'alinéa 12f) qui porte sur les effets environnementaux inacceptables justifiant la modification, voire l'annulation, de la proposition. L'article 20 prévoit que, lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12b), d) ou e) ou à l'article 13, le ministre responsable soumet la proposition au ministre pour examen public.

²⁶ Le cas (i), prévu à l'article 13 des Lignes directrices, n'est pas applicable puisque le ministre a décidé en fait qu'un examen public n'était pas nécessaire. Le cas (ii), que prévoient les alinéas 11b) et 12b), n'est pas applicable puisque, à l'audience, la Cour a été informée que la liste visée n'avait pas encore été établie.

known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

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;

If the initial assessment procedure reveals that the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal "are insignificant or mitigable with known technology" the proposal, in this case the Project, may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be. As the Trial Judge found the Minister could not, on the basis of the material before him, have come to that conclusion, the Project should have been referred to a Panel for public review. In answer, Sask. Water argues in its cross-appeal that the Trial Judge was wrong in his interpretation of paragraph 12(c).

S'il ressort de l'évaluation initiale que les effets néfastes que peut avoir la proposition «sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues», cette proposition, à savoir le projet en l'espèce, peut être mise à exécution telle quelle ou à l'aide de ces mesures, selon le cas. Attendu que sur la foi du dossier dont il a été saisi, le juge de première instance a décidé que le ministre n'avait pu tirer pareille conclusion, il aurait fallu soumettre le projet à une commission d'examen public. De son côté, Sask. Water soutient dans son appel reconventionnel, que le juge de première instance a mal interprété l'alinéa 12c).

In my view, the Trial Judge was correct for the reasons I will now discuss, but because the cross-appeal raises issues which logically arise first, I shall deal with those issues before dealing with the issues in the appeal.

À mon avis, les conclusions du juge de première instance étaient correctes pour les raisons que j'expliquerai ci-après mais, attendu que l'appel reconventionnel soulève des questions qui, en toute logique, devraient se poser en premier lieu, je me prononcerai à ce sujet avant de me pencher sur les motifs de l'appel principal.

Cross-Appeal

L'appel reconventionnel

The main argument raised by Sask. Water in its cross-appeal is that Muldoon J. erred in his interpretation of the words "mitigable with known technology" in paragraph 12(c) of the EARPGO. Sask. Water also argued that the learned Judge applied the wrong standard of judicial review in respect of the Minister's findings of opinion and fact relating to the Project and rather than confining himself to the question of whether the Minister had erred in law or jurisdiction, the Judge below erroneously reviewed the correctness of those findings on their merits. Sask. Water also argued that the Trial Judge erred in ordering *mandamus* against the Minister.

Le principal argument que fait valoir Sask. Water dans son appel reconventionnel est que le juge Muldoon a mal interprété les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» figurant à l'alinéa 12c) des Lignes directrices. Sask. Water soutient aussi qu'il a appliqué la norme de contrôle judiciaire qui ne convenait pas à l'avis et aux conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet et qu'au lieu de se limiter à la question de savoir si le ministre avait commis une erreur de droit ou de compétence, le juge de première instance a exercé à tort, un contrôle au fond de ces conclusions. Sask. Water soutient enfin que le juge de première instance a rendu à tort une ordonnance de *mandamus* contre le ministre.

To appreciate Sask. Water's arguments more fully, I wish to set out the relevant provisions of the EARPGO.

En vue d'un examen minutieux de l'argumentation de Sask. Water, il y a lieu de rappeler les dispositions applicables des Lignes directrices.

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.

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

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

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

(a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and

(b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

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 rescreeing 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 rescreeed or reassessed or be abandoned.

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

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

According to Sask. Water, paragraph 12(c), which permits a proposal to proceed without public review by a Panel if the potentially adverse environmental effects are "insignificant or mitigable

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

11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et

b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

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 11a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

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

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

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

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

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

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

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

Selon Sask. Water, l'alinéa 12c) qui permet la mise à exécution d'une proposition sans examen public de la part d'une commission si les effets qu'elle peut avoir sur l'environnement «sont mini-

with known technology”, must be read in conjunction with the only other EARPGO provision dealing with mitigation, namely section 14. Sask. Water says section 14 specifies the standard to be applied under paragraph 12(c) in determining whether the potentially adverse environmental effects of a proposal are “mitigable with known technology”. Under this argument section 14 provides that adverse effects are “mitigable” if “mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant”. It is clear therefore from section 14 that the mitigation measures do not have to eliminate any potentially adverse effects to qualify under paragraph 12(c). It is sufficient if the Minister determines that the mitigation or compensation measures could prevent the adverse effects from becoming significant.

I do not agree with this argument. Section 14 puts an obligation on initiating departments to ensure that mitigation and compensation measures are applied to prevent potentially adverse environmental effects from becoming significant. As will be discussed below, there are two kinds of adverse environmental effects in the Panel provisions of the EARPGO: significant or insignificant. Consequently I interpret “effects from becoming significant” in section 14 as another way of saying that mitigation and compensation measures must be taken to make the adverse effects “insignificant”.

Counsel for Sask. Water also supports its argument by referring to the dictionary meaning of “Mitigable”: capable of being mitigated; “Mitigate”: To alleviate . . . To reduce the severity of . . . To moderate . . .²⁷ Thus the reference in paragraph 12(c) of the EARPGO to “mitigable” does not impose an unattainable standard of complete

mes ou peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues» doit être interprété à la lumière d’autres dispositions des Lignes directrices relatives aux mesures d’atténuation, savoir l’article 14. Sask. Water soutient que cet article 14 définit la norme à appliquer lorsqu’il s’agit d’examiner, en application de l’alinéa 12c), si les effets néfastes que peut avoir une proposition «peuvent être atténués par l’application de mesures techniques connues». Selon cette argumentation, l’article 14 a pour effet de faire que des effets néfastes «peuvent être atténués» si les «mesures d’atténuation et d’indemnisation, s’il est d’avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d’une proposition sur l’environnement prennent de l’ampleur». Il ressort de l’article 14 que les mesures d’atténuation ne doivent pas nécessairement éliminer tout effet néfaste potentiel pour tomber dans le champ d’application de l’alinéa 12c). Il suffirait que le ministre conclue que les mesures d’atténuation ou d’indemnisation peuvent empêcher que les effets néfastes prennent de l’ampleur.

Je ne saurais accueillir pareil argument. L’article 14 fait aux ministères responsables l’obligation de s’assurer que les mesures d’atténuation et d’indemnisation sont prises pour empêcher que les effets néfastes potentiels prennent de l’ampleur. Comme nous le verrons plus loin, les dispositions des Lignes directrices relatives aux commissions d’examen public n’envisagent que deux catégories d’effets environnementaux néfastes: ceux qui sont importants et ceux qui sont minimes. En conséquence, j’interprète le membre de phrase «empêcher que les effets néfastes . . . prennent de l’ampleur» comme signifiant que les mesures d’atténuation et d’indemnisation doivent être prises de manière à rendre ces effets néfastes «minimes».

L’avocat de Sask. Water cite encore, à l’appui de son argument, le sens que donne le dictionnaire au mot «Mitigable»: «capable of being mitigated (qui peut être atténué); «Mitigate» (atténuer): To alleviate (amoindrir) . . . To reduce the severity of (rendre moins grave) . . . To moderate (tempérer) . . .»²⁷. Ainsi, par l’emploi de ce terme («peuvent être atténués» en français), l’alinéa 12c) n’impose pas une norme inaccessible, savoir l’éli-

²⁷ See *Shorter Oxford English Dictionary* (1970 edition).

²⁷ *Shorter Oxford English Dictionary* (1970).

elimination of any potentially adverse environmental effects before a proposal can proceed after the initial assessment without public review.

However, to repeat, section 12 and paragraph 12(c) in particular deal with a determination of when a proposal will or will not be sent for public review. Where the adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, the proposal can proceed without public review. From a logical and contextual point of view, the words "mitigable with known technology" should be interpreted as parallel or equivalent to "insignificant" without applying known technology. Surely the two bases for deciding whether public review is warranted should be interpreted in the same way. If so, the words "mitigable with known technology" should be interpreted as meaning in effect, "renderable insignificant with known technology". That interpretation would treat the phrase "mitigable with known technology" as having the same meaning as insignificant without the application of known technology.

In other words, there are only two conditions envisioned in paragraph 12(c): insignificant or significant. Sask. Water argues there are not two conditions but three: insignificant, less than significant, and significant. I reject this since, for example, how does one determine how "less than significant" an environmental impact has to be? It does not make sense to have public review depend on a series of environmental impacts each having less than significant effect but each in turn differing from one another. I agree with Muldoon J. that, if an effect is not insignificant, it is by definition significant, and only when environmental effects are insignificant or with the application of known technology rendered insignificant can public review be avoided. Counsel for Sask. Water said such an interpretation will mean public reviews will be mandatory in almost every case but if that is so, that is a natural consequence which flows from the words chosen and serves to highlight the importance of the public review in matters of this kind.

mination totale des effets néfastes éventuels pour qu'une proposition puisse être mise à exécution après l'évaluation initiale et sans examen public.

a Il faut cependant rappeler que l'article 12, et en particulier l'alinéa 12c), prévoit les cas où une proposition sera soumise ou non à l'examen public. Si les effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués *b* par l'application de mesures techniques connues, elle peut être mise à exécution sans examen public. En toute logique et vu le contexte, il faut interpréter les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» comme étant *c* parallèles ou équivalents à «minimes» sans l'application de mesures techniques connues. Il est certain que les deux fondements de la décision sur la question de savoir si l'examen public est justifié doivent être interprétés de la même façon. Aussi *d* les mots «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» doivent-ils être interprétés comme signifiant en fait «peuvent être rendus minimes par l'application de mesures techniques connues». Dans cette interprétation, le *e* membre de phrase «peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues» signifie la même chose que «minimes sans l'application de mesures techniques connues».

f En d'autres termes, l'alinéa 12c) n'envisage que deux catégories: effets importants et effets minimes. Sask. Water soutient qu'il y en a trois, non pas deux: effets minimes, effets moins qu'importants et effets importants. Je rejette cette argumentation, car comment pourrait-on par exemple *g* définir à quel point un effet environnemental doit être «moins qu'important»? Il serait absurde d'assujettir l'examen public à un éventail d'effets environnementaux moins qu'importants et tous différents les uns des autres. Je conviens avec le juge *h* Muldoon que, si un effet n'est pas minime, il est par définition important, et ce n'est qu'en cas d'effets minimes ou rendus minimes par l'application de mesures techniques connues qu'on peut se *i* dispenser d'un examen public. Pour l'avocat de Sask. Water, une telle interprétation signifiera que l'examen public sera obligatoire dans presque tous les cas, mais s'il en est ainsi, il s'agit là d'une *j* conséquence naturelle des mots choisis, qui sert aussi à souligner l'importance du processus d'examen public en la matière.

In my view, Muldoon J. in effect correctly interpreted paragraph 12(c) and found the Minister's interpretation and conclusion based on it to be erroneous in law. As paragraph 12(c) was therefore not available to the Minister, the Trial Judge concluded that the environmental effects in question were covered most likely by paragraph 12(e) as well as possibly 12(b) and 12(d).²⁸ In each case, however, a public review by the Panel is required.

As earlier pointed out, the second branch of Sask. Water's argument was that the learned Judge applied the wrong standard of judicial review in respect of the Minister's findings of fact and of opinion relating to the Project in that he purported to review those findings on their merits. To do so, it was argued, had the effect of substituting his opinion for that of the Minister. The jurisprudence is replete with cases cautioning a court, sitting in judicial review of a decision by a statutory authority, from interfering with that decision merely because the Court might have differently decided the matter had it been charged with that responsibility. If that is what the learned Judge did in this case, then I agree that he erred in so doing.

However, as I read his reasons, I do not perceive that that was what he did. There is no doubt that, *inter alia*, he referred to the findings reported in the IEE on the question of significant, moderate and insignificant adverse environmental effects, on information deficiencies, and on mitigation measures. But he did so, not with a view to second-guessing the Minister. Rather, quite properly, he was endeavouring to ascertain whether the Minister, in deciding whether he should or should not appoint a Panel for the public review of the Project, had proceeded on a wrong principle, taken into account legally irrelevant considerations or otherwise acted beyond the scope of his authority. Unfortunately, the learned Judge did not couch his reasons to show unmistakably that that was the purpose of his review of the evidence. However, the following finding clearly indicates the purpose was to apply the facts to the correct legal interpre-

²⁸ As already mentioned, the list mentioned in paragraph 12(b) is not in existence so that paragraph does not apply.

À mon avis, le juge Muldoon a correctement interprété l'alinéa 12c) et a conclu à juste titre que l'interprétation et la conclusion qu'en tirait le ministre étaient erronées sur le plan juridique. Le ministre ne pouvant ainsi invoquer l'alinéa 12c), le juge de première instance a conclu que les effets environnementaux dont il s'agit tombaient le plus probablement sous le coup de l'alinéa 12e), et aussi peut-être des alinéas 12b) et 12d)²⁸. Dans chaque cas cependant, il y a lieu à examen public par une commission.

Comme indiqué plus haut, Sask. Water fait valoir aussi que le distingué juge de première instance a appliqué la norme de contrôle judiciaire qu'il ne fallait pas, à l'égard de l'avis et des conclusions sur les faits du ministre au sujet du projet, à savoir qu'il a procédé au contrôle au fond de ces conclusions, ce qui reviendrait à substituer son avis à celui du ministre. Une jurisprudence abondante avertit les tribunaux judiciaires, saisis du recours en contrôle judiciaire contre la décision d'une autorité légale, de ne pas toucher à cette décision du seul fait qu'ils auraient tiré une toute autre conclusion, eussent-ils été investis de cette responsabilité en premier lieu. Si c'est ce qu'a fait le distingué juge de première instance en l'espèce, je conclurai à une erreur de sa part.

Pendant, il n'appert pas de ses motifs de jugement que c'est ce qu'il a fait. Nul doute qu'entre autres, il a évoqué les conclusions consignées dans le rapport d'évaluation initiale sur la question des effets importants, modérés et minimes, sur les insuffisances des données et sur les mesures d'atténuation. Il ne l'a cependant pas fait pour se mettre à la place du ministre après coup. Au contraire, il essayait à bon droit d'examiner si le ministre, pour décider s'il y avait lieu ou non de constituer une commission d'examen public du projet, s'était fourvoyé sur le principe à observer, s'était fondé sur des considérations juridiquement non pertinentes ou avait excédé sa compétence. Il est regrettable que le distingué juge de première instance n'ait pas formulé ses motifs de jugement de façon à montrer indubitablement que tel était le but de son instruction du dossier. Cependant, la conclusion suivante indique clairement que l'objet

²⁸ Comme indiqué plus haut, la liste prévue à l'alinéa 12b) n'existe pas; cette disposition est donc inapplicable en l'espèce.

tation of section 12 which he had earlier made. The Trial Judge said:

Now, since there is, at least, one and surely other, significant adverse environmental effects which cannot be mitigated with known technology or otherwise rendered insignificant, it is clear that the Minister could not correctly have invoked paragraph 12(c) of the **EARP Guidelines** in deciding—if he did effectively make such decision—to issue the second licence to the intervenor [Sask. Water] on August 31, 1989.²⁹

The effect of the Minister's misconstruction of section 12 was that he proceeded on a wrong principle. In deciding the way he did, the Trial Judge was not substituting his view for that of the Minister nor was he applying the wrong standard of judicial review. Moreover, as the provisions of section 12 which were applicable required the Minister to appoint a Panel *mandamus* was also properly ordered by the Judge.

Accordingly, I would dismiss the cross-appeal.

The Appeal

In their appeal, appellants argue that, before granting a licence under the IRIA, the Minister must comply with provisions of the EARPGO which include referral of the Project to public review by a Panel whose report must be submitted to and considered by the Minister prior to issuing the licence. According to the appellants, Muldoon J. was correct to have ordered compliance with the EARPGO by requiring a Panel to be appointed but he should have gone farther and quashed the licence absolutely as long as a Panel was not appointed and its report had not been considered by the Minister prior to the issuance of the licence. The appellants rely on previous decisions of the Court in support of these propositions.³⁰

²⁹ Appeal Book, Tab 3, at p. 20 [at p. 14 F.T.R.].

³⁰ The appellants rely on *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, supra note 4, as affirmed by this Court, supra note 5, and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.). The appellants also rely on *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541 (Div. Ct.) for the proposition that no exercise of discretion (the issuance of the licence) can be based on an inadequate and incomplete process (failure to appoint and wait for the report of the Panel).

en était d'appliquer aux faits de la cause l'interprétation juridique correcte de l'article 12, qu'il avait faite auparavant:

Et maintenant, puisqu'il existe au moins un important effet néfaste sur l'environnement, et probablement d'autres, qui ne peut être mitigé par des moyens technologiques connus ou qui ne peut être atténué au point d'en faire un effet sans importance, il est clair que le Ministre ne pouvait pas invoquer avec raison l'alinéa c) de l'article 12 des **Lignes directrices** lorsqu'il a pris la décision—s'il est vrai qu'il a lui-même pris une telle décision—d'accorder un second permis à l'intervenante [Sask. Water] le 31 août 1989.²⁹

Ayant mal interprété l'article 12, le ministre a fondé son action sur le principe qu'il ne fallait pas. Par sa décision, le juge de première instance n'a pas substitué ses conclusions à celles du ministre, et il n'a pas appliqué non plus une mauvaise norme de contrôle judiciaire. Par ailleurs, attendu que les dispositions applicables de l'article 12 faisaient au ministre l'obligation de constituer une commission, le juge a rendu à bon droit une ordonnance de *mandamus*.

En conséquence, je me prononce pour le rejet de l'appel reconventionnel.

L'appel principal

Les appelants principaux soutiennent que le ministre doit se conformer aux dispositions des Lignes directrices, qui prévoient le renvoi du projet à une commission d'examen public, dont le ministre doit prendre en considération le rapport, avant de délivrer un permis en vertu de la LODACEI. Selon les appelants, le juge Muldoon a eu raison d'ordonner l'observation des Lignes directrices par la constitution d'une commission, mais il aurait dû aller plus loin et annuler sans conditions le permis tant qu'une commission ne serait pas constituée et son rapport pris en considération par le ministre avant la délivrance du permis. Ils ont invoqué plusieurs décisions de la Cour à l'appui de cette conclusion³⁰.

²⁹ Dossier d'appel, étiquette 3, à la p. 20 [à la p. 14 F.T.R.].

³⁰ Les appelants citent *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, note 4 supra, confirmé par la Cour de céans, note 5 supra, et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.). Ils invoquent aussi la décision *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541 (C. Div.) qui a jugé que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (la délivrance du permis) ne saurait être fondé sur un processus insuffisant et incomplet (le défaut de constituer la commission et d'attendre son rapport).

At the outset, I wish to point out that the previous decisions of the Court taken together hold that the Minister must comply with the provisions of the EARPGO prior to issuing a licence. However, the main issue raised in the appeal herein deals with what constitutes compliance. More particularly the question is whether the EARPGO requires not only referral to a Panel for public review but also that its report be considered by the Minister prior to issuing a licence. That was not a question dealt with by the previous decisions relied on by the appellants.

At this point, reference to applicable provisions of the EARPGO is necessary:

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

18. It is the responsibility of the Office to

(a) provide initiating departments with procedural guidelines for the screening of proposals and to provide general assistance for the development and installation of implementation procedures;

(b) assist the initiating department in the provision of information on and 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;

(c) publish in summary form the public information provided to the Office by an initiating department on proposals for which it is the decision making authority and for which a determination under section 12 has been made; and

(d) inform the Minister on a periodic basis, in a report to be made public, on the implementation of the Process by initiating departments.

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

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

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

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

32. Any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 may be varied by the Office in the case of any federal-provincial review or any review that involves special circumstances.

Je tiens à faire remarquer tout de suite que les décisions antérieures de la Cour, prises dans leur ensemble, font au ministre l'obligation d'observer les Lignes directrices avant de délivrer un permis. ^a Cependant, la question soulevée dans l'appel principal est de savoir en quoi consiste cette observation. En particulier, il échet d'examiner si les Lignes directrices exigent non seulement que la proposition soit soumise à l'examen public par une ^b commission, mais aussi que le ministre prenne en considération le rapport de cette dernière avant de délivrer le permis. Cette question n'a pas été ins- truite dans les décisions citées par les appellants.

^c En cet état de la cause, il est nécessaire de rappeler les dispositions applicables des Lignes directrices:

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. ^d

^e 18. Il incombe au Bureau

^a d'émettre à l'intention des ministères responsables, des lignes directrices pour l'évaluation initiale des propositions et pour aider ces ministères à instaurer des procédures d'application du processus;

^f ^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;

^g ^c de publier, sous forme de résumé, l'information publique qui lui a été fournie par les ministères responsables au sujet des propositions à l'égard desquelles ces derniers exercent le pouvoir de décision et dont les effets sur l'environnement ont été déterminés conformément à l'article 12; et

^h ^d d'informer le Ministre au moyen d'un rapport périodique à rendre public, au sujet de la mise en application du processus par les ministères responsables.

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

^a rédige un rapport contenant ses conclusions et les recommandations qu'elle adresse aux ministres responsables; et

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

(2) Le Ministre et le ministre chargé du ministère responsable rendent public le rapport visé à l'alinéa (1)a).

^j 32. Le Bureau peut modifier les exigences ou procédures énoncées aux articles 21 à 31, dans les cas d'examen conjoints fédéraux-provinciaux ou lorsque des circonstances spéciales l'exigent.

Initiating Department

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

(a) ensure that the responsibilities of the proponent in the review are fulfilled;

(b) ensure that its senior officials and staff make presentations and respond to any questions for which it has responsibility;

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

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

(e) subject to subsection (2), determine in what manner the decisions made under paragraph (c) and those referred to in paragraph (d) are to be made public.

(2) Where the initiating department has a regulatory function in respect of the proposal under review, the responsibilities set out in paragraphs (1)(c), (d) and (e) shall be amended to account for and not to interfere with the decision making responsibilities of that initiating department. [Underlining added.]

Appellants argue forcefully that sections 3, 18, 31 and 33 evince, especially by the underlined language above, an intention and meaning to the effect that the Minister must await the Panel's report before issuing a licence. They say this makes sense because why go to the trouble and expense of requiring a public review by the Panel if the results of that review were to be ignored at the outset by permitting a licence to be issued. The public review would amount to a charade they contend if the Minister could not only by-pass the recommendations in a report of the Panel but, even more disparagingly, would not have to wait for the report at all. Surely, they argue, the public review process should inform the decision to issue a licence. These are cogent arguments but I do not believe that the EARPGO provisions lead to the conclusion advocated by the appellants.

Le ministère responsable

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

a) de s'assurer que le promoteur s'acquitte de ses responsabilités;

b) de prendre les mesures nécessaires pour que [ses] hauts fonctionnaires et son personnel fassent des présentations et répondent aux questions sur les sujets relevant de sa compétence;

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

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

e) sous réserve du paragraphe (2), de déterminer de quelle façon seront rendues publiques les décisions prises en vertu de l'alinéa c) et celles visées à l'alinéa d).

(2) Lorsque le ministère responsable a un rôle de réglementation à l'égard de la proposition à l'étude, les responsabilités énoncées aux alinéas (1)c), d) et e) sont modifiées de façon à tenir compte des décisions de ce ministère et à ne pas y nuire. (Passages non soulignés dans le texte.)

Les appelants soutiennent avec force qu'il ressort des articles 3, 18, 31 et 33, en particulier des passages soulignés ci-dessus, que le ministre doit attendre le rapport de la commission avant de délivrer le permis. Pareille obligation est logique à leurs yeux car à quoi cela servirait-il de prendre la peine et de faire les frais d'un examen public par une commission si cet examen est ignoré *a priori* par délivrance d'un permis. L'examen public, disent-ils, ne serait qu'une mascarade si le ministre pouvait non seulement passer outre aux recommandations contenues dans un rapport de la commission, mais encore s'abstenir cavalièrement d'attendre qu'un tel rapport soit produit. Ils soutiennent que le processus d'examen public doit éclairer la décision de délivrer un permis. Il s'agit là d'arguments convaincants, mais je ne pense pas que les dispositions des Lignes directrices autorisent la conclusion tirée par les appelants.

In *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*³¹ applications were brought before Madam Justice Reed in the Trial Division to quash a decision of the Minister of National Defence allowing the sharing among some NATO countries of air base facilities at Goose Bay, Newfoundland, and to prevent said Minister from making other decisions regarding the use of certain parts of Labrador and Quebec by members of the Air Forces of some NATO countries in tactical low level flying manoeuvres before the environmental process in the EARPGO had been completed. The issue before the Court in general terms was whether under the EARPGO the initiating department or Minister is obligated not to proceed with the project under review until the panel assessment is complete and its report has been made to the relevant Ministers.

I find Madam Justice Reed's comments on this question particularly helpful:

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 recom-

Dans l'affaire *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*³¹, Madame le juge Reed de la Section de première instance a été saisie de demandes visant à faire annuler la décision du ministre de la Défense nationale qui autorisait le partage d'installations de la base aérienne de Goose Bay, à Terre-Neuve, avec certains pays de l'OTAN, et à interdire au même ministre de prendre d'autres décisions pour autoriser aux éléments de l'armée de l'air de certains pays de l'OTAN à se livrer aux exercices de vol à basse altitude au-dessus de certaines régions du Labrador et du Québec, avant que ne soit achevé le processus d'évaluation environnementale prévu par les Lignes directrices. Il s'agissait essentiellement pour la Cour d'examiner si, sous le régime des Lignes directrices, il était interdit au ministère ou ministre responsable de mettre à exécution le projet en cause avant que l'examen par une commission ne soit achevé et son rapport soumis aux ministres compétents.

Je trouve les conclusions de Madame le juge Reed particulièrement utiles en l'espèce:

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 recom-

³¹ [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

³¹ [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.).

mendations 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, 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.

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.³²

I agree with the reasoning of Reed J., that the EARPGO does not contain express language that a licence cannot issue until the Panel has reported following a public review nor can such an obligation be inferred from the provisions and scheme of the EARPGO. Counsel for the appellants argues, however, that Madam Justice Reed made no mention of section 31 which mandates the Panel to submit, at the end of its review, a report containing its conclusions and recommendations for decisions by the appropriate Ministers. However, section 31 imposes an obligation on the Panel to prepare and submit a report; it does not expressly or impliedly specify, in looking at the scheme of the EARPGO as a whole, that the Minister or ministers concerned must await the report.

Reference should also be made to section 32 which gives the Office power to "vary" any of the requirements or procedures set out in sections 21 to 31 in any review that involves "special circumstances". Without getting into a discussion of what

³² *Id.* at pp. 403-404.

mandations 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 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.

Une autre particularité du mécanisme 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 retard³².

Je fais mien le raisonnement de Madame le juge Reed, savoir qu'aucune disposition des Lignes directrices ne prévoit expressément l'obligation de ne pas délivrer le permis avant que la commission n'ait présenté son rapport à l'issue d'un examen public, et qu'on ne saurait déduire une telle obligation des dispositions ou de l'esprit des Lignes directrices. L'avocat des appelants fait cependant valoir que Madame le juge Reed ne faisait nulle mention de l'article 31 qui prévoit pour la commission l'obligation, une fois l'examen terminé, de soumettre à la décision des ministres compétents un rapport contenant ses conclusions et recommandations. Il est vrai que l'article 31 prévoit pour la commission l'obligation de rédiger et de soumettre un rapport, mais il ne prévoit pas, expressément ou implicitement, selon l'esprit des Lignes directrices prises dans leur ensemble, que le ou les ministres intéressés doivent attendre ce rapport.

Il y a lieu de se référer aussi à l'article 32 qui habilite le Bureau à «modifier» les exigences ou procédures énoncées aux articles 21 à 31 lorsque des «circonstances spéciales» l'exigent. Sans qu'il soit nécessaire de disséquer le sens des mots «cir-

³² *Id.* aux p. 403 et 404.

“special circumstances” means or what “vary” means³³ or whether such a provision is valid and if so to what extent,³⁴ the section does show that the Panel provisions were not intended to be complied with in a literal or mandatory fashion since they could be changed by the Office. What is required is that a Panel must be appointed and, hopefully, it will report before any permanent decisions are made but there is no requirement that any report be made and considered before any ministerial decisions are made. Hence, public review is required to inform the public, who can then participate in the debate on the environmental aspects of the proposal under review, but it is open to the Minister, if in his opinion there are good reasons for doing so, to proceed with the project during the time the review is going on.

In that connection, as the EARPGO is intended to ensure that decision making in government is balanced by a concern for environmental consequences, I do not think that the Panel report provisions of the EARPGO scheme, which admittedly has much ambiguity in it, can be taken to prevail in an absolute and complete way over the normal decision making of Ministers. It is not disputed by any of the parties that the Panel report’s recommendations can be ignored by Ministers subject to whatever political consequences flow therefrom. Similarly that is the real sanction for not waiting for the Panel report as Madam Justice Reed acknowledges: the Minister responsible will be politically accountable for any deci-

³³ For interpretations which give a comprehensive meaning to the word “vary”, see e.g. *Consumers’ Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433 (T.D.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592 (H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.).

³⁴ As mentioned above, section 6 of the *Department of the Environment Act* enables the Minister, with approval of the Governor in Council, to establish environmental protection guidelines for use by federal departments. It is highly arguable that the EARPGO cannot then be circumvented or abandoned by a simple decision of the Office which, although very important in the EARPGO scheme, are officials reporting to the Minister. However, I only raise the point in passing and make no finding on it.

constances spéciales» ou «modifier»³³ ou d’examiner si pareille disposition est valide et, si oui, dans quelle mesure³⁴, on peut voir que d’après cet article, les dispositions relatives aux commissions ne sont pas destinées à une application littérale ou obligatoire puisqu’elles peuvent être modifiées par le Bureau. Ce qui est impératif, c’est qu’une commission soit constituée et on espère qu’elle fera son rapport avant que des décisions irrévocables ne soient prises, mais aucune disposition ne prévoit impérativement qu’un rapport doit être établi puis pris en considération avant la prise de décisions ministérielles. C’est pourquoi le processus d’examen public a été prévu afin d’informer le public, qui pourra alors participer au débat sur les répercussions environnementales de la proposition en cause, mais il est loisible au ministre, s’il le juge indiqué, de donner suite au projet pendant que l’examen est en cours.

À cet égard, comme les Lignes directrices ont pour objet de garantir que la prise de décisions chez les organismes gouvernementaux ait pour contrepoids les préoccupations écologiques, je ne pense pas que les dispositions relatives au rapport de la commission, telles qu’elles s’inscrivent dans le régime des Lignes directrices, puissent être considérées comme primant, de façon absolue et totale, le processus normal de prise de décisions des ministres. Aucune des parties en présence ne conteste que les ministres puissent ignorer les recommandations contenues dans le rapport de la commission, sauf à en supporter les conséquences politiques subséquentes. Telle est également la sanction pour le défaut d’attendre le rapport de la

³³ Pour les interprétations qui donnent une signification exhaustive au mot «modifier», voir par exemple *L’Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433 (1^{re} inst.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; *Re Rush and Township of Scugog et al.* (1978), 21 O.R. (2d) 592 (H.Ct.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.).

³⁴ Comme indiqué plus haut, l’article 6 de la *Loi sur le ministère de l’Environnement* habilite le ministre à établir, avec l’approbation du gouverneur en conseil, des directives de protection environnementale à l’usage des ministères fédéraux. On pourrait donc soutenir que les Lignes directrices ne sauraient être tournées ou ignorées par simple décision du Bureau, lequel, bien que fort important dans l’ordre des choses envisagées par les Lignes directrices, n’est constitué que de fonctionnaires comptables au ministre. Cependant, je ne mentionne ce point qu’en passant, sans me prononcer à ce sujet.

sions made. The thrust of sections 21 to 32 is for public involvement but that involvement has not been elevated to curtailing or otherwise preventing ministerial decisions that presumably could be based themselves on an arguably greater public interest than waiting for the Panel report.

Setting up a Panel can, as Madam Justice Reed points out, mean that the initiating department, and more importantly, the Minister will lose control over the timing of the Panel's process. Even if the Minister had put a time limit on the process by stipulating a deadline by which the Panel report had to be submitted,³⁵ that of itself does not guarantee that such a report will be prepared and presented. And if it is not, could the licence not be issued in those circumstances when the Minister concerned was of the view that there were compelling arguments for proceeding with the project by issuing the licence? I cannot accept that the EARPGO provisions should be so read as to infer an obligation not to proceed when those provisions do not spell out clearly that that was the intended result.³⁶ In short, I find the provisions in the EARPGO dealing with the submission of a report by the Panel for ministerial review to be hortatory but not obligatory on the Minister.

Accordingly I am of the view that Muldoon J.'s order of *certiorari* was correct and properly made. I would therefore dismiss the appeal.

In summary, I would dismiss the cross-appeal and the appeal and make no order as to costs.

³⁵ This presumably could be done by inserting such a deadline in the terms of reference of public review by the Panel contemplated by subsection 26(1) of the EARPGO.

³⁶ For an example where legislation and regulations clearly required a minister to consider a report before making a decision; see *Monsanto Canada Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193 (F.C.A.) dealing with the *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1970, c. P-10 and related regulations.

commission, ainsi que Madame le juge Reed l'a fait remarquer: le ministre responsable répondra, sur le plan politique, de toute décision prise. Les articles 21 à 31 visent à la participation du public, mais celle-ci n'est pas suffisamment élevée pour limiter ou empêcher des décisions ministérielles qui pourraient être fondées sur un intérêt public plus large que celui représenté par le fait d'attendre le rapport de la commission.

Comme l'a fait observer Madame le juge Reed, constituer une commission peut signifier que le ministre responsable ou, ce qui est plus grave encore, le ministre perd tout contrôle sur l'élément temps du processus d'examen public. Quand bien même le ministre aurait fixé un délai en prévoyant une date limite pour la présentation du rapport de la commission³⁵, cela ne garantit pas que le rapport sera établi et présenté. Si tel est le cas, le permis ne pourrait-il pas être délivré dans les cas où le ministre responsable estimait qu'il y a des raisons impérieuses pour lancer le projet en délivrant ce permis? À mon avis, on ne saurait interpréter les dispositions des Lignes directrices comme prévoyant implicitement l'obligation de ne pas entreprendre le projet, alors qu'elles ne la prévoient pas expressément³⁶. En bref, je conclus que les dispositions des Lignes directrices relatives à la présentation du rapport de la commission à l'examen du ministre n'ont que valeur d'exhortation et non d'impératif pour le ministre.

En conséquence, je conclus que l'ordonnance de *certiorari* du juge Muldoon a été rendue à bon droit, et me prononce pour le rejet de l'appel principal.

En résumé, je me prononce pour le rejet de l'appel reconventionnel et de l'appel principal, sans allocation de dépens.

³⁵ Ce qui pourrait se faire par l'insertion de cette date limite dans le mandat de la commission, que prévoit le paragraphe 26(1) des Lignes directrices.

³⁶ Une jurisprudence relative aux cas où la loi et les règlements font expressément au ministre l'obligation de tenir compte d'un rapport avant d'agir est *Monsanto Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1988), 20 C.P.R. (3d) 193 (C.A.F.), qui intéresse la *Loi sur les produits antiparasitaires*, S.R.C. 1970, chap. P-10, et les règlements pris pour son application.

URIE J.A.: I agree.

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

LINDEN J.A.: I agree.

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